

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

5

SUIVANT LE CODE CIVIL.

Cet Ouvrage se trouve aussi,

à Paris,	CHEZ VIDECOQ, PLACE DU PANTHÉON, N° 6.
	JOUBERT, RUE DES GRÉS, N° 14.
à Toulouse,	MME VEUVE VIEUSSEUX.
à Aix,	AUBIN.
à Rennes,	MOLLIEX.
	DUCHESNES.
à Poitiers,	SAURIN FRÈRES.
à Caen,	MANCEL.
	MANOURY.
à Limoges,	MARMIGNON.
à Grenoble,	PRUDHOMME.
à Colmar,	REIFFINGER.
à Bordeaux,	CH. LAWALLE.

Paris. — De l'Imprimerie de RIGNOUX et Ce, rue des Francs-Bourgeois-St.-Michel, 8.

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

PAR M. DURANTON,

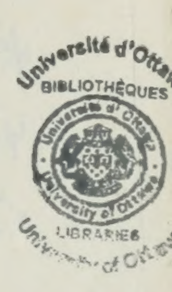
PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

TOME TREIZIÈME.

Troisième Édition.



PARIS.
ALEX-GOBELET, LIBRAIRE,
RUE SOUFFLOT, 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.
1834.



COURS
DE DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

LIVRE III.
DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

Suite du titre III, des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE VI.
De la preuve des Obligations, et de celle du Paiement.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

1. *Raison des preuves.*
2. *Le demandeur doit d'abord faire la sienne.*
3. *Même dans le cas où le défendeur fait défaut.*
4. *De son côté, le défendeur doit prouver ses moyens et exceptions.*
5. *Modification résultant, à l'égard de l'un comme à l'égard de l'autre, de la faculté qu'a le juge de déférer le serment supplétoire.*
6. *Ce qu'on entend par* prouver, *en droit civil.*

1. Nous avons maintenant à parler de la preuve des obligations, et de celle de leur paiement : c'est ce qui complète ce titre si important du Code.

La raison, dont la loi n'est que l'interprète, veut, en effet, que celui qui réclame d'un autre l'exécution d'une obligation soit tenu d'en prouver l'existence, qu'il établisse la convention ou toute autre cause qui, selon lui, l'a produite; car si les hommes sont tenus par la charité et la justice à des devoirs communs les uns envers les autres; si chacun d'eux est obligé de faire ce qui peut être utile à son semblable, et de s'abstenir de tout ce qui pourrait lui nuire, ces devoirs généraux ne constituent pas des obligations en droit. Quant à ces dernières, elles sont spéciales, loin de résulter d'un devoir commun à tous les hommes; elles ne sont pas supposées exister; il faut, au contraire, qu'elles soient prouvées, parce que chacun est présumé ne

s'être point engagé. De là ce principe général consacré par le Code (art. 1315), « Celui qui réclame « l'exécution d'une obligation doit la prouver. » *Semper necessitas probandi illi qui agit.* L. 21, ff. *de probat.*

2. Tant qu'il n'a pas fait sa preuve, le défendeur n'a rien à prouver, et il doit être renvoyé de la demande : *Actore non probante, qui convenitur, etsi ipse nihil præstet, obtinebit.* L. 4, *in fine*, Cod. *de edendo.*

Je prétends que vous me devez mille francs ; je vous les demande en justice, vous dites que vous ne me devez rien ; alors je dois prouver que vous me devez ces mille francs; si je ne le fais pas, vous devez être renvoyé de la demande, et je dois être condamné aux dépens. Vous êtes seulement tenu de déclarer que vous ne devez pas, parce que votre silence serait un aveu tacite de la dette, et encore n'êtes-vous tenu de faire cette déclaration que lorsque j'ai expliqué la cause de l'obligation, et que je vous ai sommé de déclarer si vous contestez ma demande ; jusque-là vous pouvez même garder le silence le plus absolu.

Vous pouvez, au surplus, vous borner à nier que vous me devez, et votre négation suffit ; elle n'a pas besoin d'être justifiée par des preuves, lorsque je n'ai pu moi-même justifier de ma demande : *Actor quod adseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non*

adstringit : CUM PER RERUM NATURAM FACTUM NEGANTIS PROBATIO NULLA SIT. L. 23, Cod. *de probat. et præsumpt.*

Et il en serait de même quoique le défendeur alléguât certain fait ou certaine circonstance pour démontrer qu'il ne doit pas la chose qu'on lui demande; par exemple qu'il n'a pu s'obliger tel jour, en tel lieu, ainsi que le prétend le demandeur sans le prouver, attendu que lui, défendeur, était le même jour à plus de cent lieues de l'endroit désigné : il ne serait point obligé de prouver l'*alibi* qu'il aurait allégué, car il peut abandonner cette allégation sans craindre d'être condamné, tant qu'il n'y a pas de preuve de la demande.

Dans les actions en revendication, le demandeur doit aussi prouver son droit de propriété; il ne lui suffirait pas de prouver que le défendeur n'est pas lui-même propriétaire. L. 2, Cod. *de probat.*, et L. *ult.*, Cod. *de rei vind.*

En un mot, la règle est générale pour toutes les actions, tant réelles que personnelles : le demandeur doit prouver sa prétention dans tous les cas.

Il ne faut même pas voir, à proprement parler, une exception à cette règle dans le cas de l'action dite *négatoire*, dont il est traité au § 2, *Instit. de actionibus ;* car si, dans cette action, le demandeur est affranchi de la preuve de sa demande, c'est-à-dire de l'obligation de prouver que son fonds ne doit pas, ainsi qu'il le prétend, de servitude au défendeur, qui cependant en exerce une, c'est

par application même de la règle *factum negantis nulla est probatio*, attendu que les fonds sont *présumés* libres.

C'est par le même motif que le mineur qui intentait, dans le droit romain, l'action subsidiaire contre les magistrats qui avaient reçu pour lui des fidéjusseurs alors non suffisamment solvables pour répondre de la gestion du tuteur, n'était point tenu de prouver l'insolvabilité de ces fidéjusseurs au temps où ils avaient été reçus; car c'eût été l'obliger à prouver une négation, savoir qu'ils n'étaient pas solvables : c'était donc, au contraire, aux magistrats à prouver qu'ils étaient solvables. L. 11, ff. *de probat.*

Enfin, dans le cas de l'exception *non numeratæ pecuniæ*, ce n'était pas à celui qui l'invoquait à justifier que l'argent ne lui avait pas été compté, puisque c'eût été l'astreindre à prouver une négation pure; c'était, au contraire, au demandeur à prouver qu'il avait compté les deniers. LL. 3 et 10, Cod. *de non num. pecun.*

3. Et même dans le cas où le défendeur fait défaut, par conséquent dans celui où il ne conteste point les conclusions du demandeur, ces mêmes conclusions ne sont encore adjugées à celui-ci qu'autant qu'elles paraissent, au tribunal, justes et bien vérifiées. (Art. 150, Cod. de procéd.)

4. Mais lorsque le demandeur a fait sa preuve, qu'il a établi l'existence d'une créance à son profit,

alors c'est au défendeur à prouver, de son côté, sa libération, s'il prétend que cette créance, qui a en effet existé, n'existe plus, qu'elle a été éteinte par tel ou tel fait, par telle ou telle cause, ou que lui, défendeur, a une exception à opposer : « Réciproquement, porte l'art. 1315, celui qui se prétend « libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a « produit l'extinction de son obligation. »

Ainsi, s'il prétend qu'il était incapable de s'obliger au temps de l'acte, ou qu'il s'est obligé par erreur, par dol, dans un état d'ivresse, par violence, etc., c'est à lui de prouver son allégation; car il devient demandeur à son tour quant à cette allégation ou exception : *Nam reus in exceptione actor est.* L. 1, ff. *de except.* : *In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere.* L. 19, ff. *de probat.*

5. Toutefois, quand nous disons que le demandeur doit succomber dans sa demande, et avec dépens, lorsqu'il ne prouve pas sa prétention, et le défendeur dans sa défense, lorsqu'il n'établit pas sa libération, cela n'est qu'un principe général, qui souffre quelque modification à raison du serment supplétoire que le juge peut déférer à l'une des parties quand la demande ou l'exception n'est pas pleinement justifiée, et quand elle n'est pas non plus totalement dénuée de preuves. (Art. 1367.)

Il y a aussi, comme nous allons le dire, une mo-

dification lorsque le juge peut se déterminer par des présomptions (art. 1353), car les présomptions ne sont pas des preuves : seulement elles en tiennent lieu.

6. Prouver, en droit civil, c'est établir la vérité d'une manière légale, par les moyens jugés par la loi les plus propres à conduire à sa découverte. Et les moyens que le Code admet sont :

La preuve littérale,
La preuve testimoniale,
Les présomptions,
L'aveu de la partie,
Et le serment. (Art. 1316.)

Les doctrines spéculatives, les inductions, tous ces effets de l'art et de l'esprit, à l'aide desquels les philosophes et les orateurs persuadent celui qui les lit ou les écoute, ne sont pas des *preuves* dans le sens que la loi civile attache à ce mot ; ce sont, si l'on veut, des présomptions que le raisonnement est juste, que le fait avancé ou contesté est vrai ou faux ; ce sont des *demi-certitudes*, pour employer le langage des métaphysiciens, qui ont cru possible de soumettre au calcul les différens degrés de probabilité de tel ou tel fait, de la justesse de tel ou tel raisonnement, de telle ou telle opinion, mais ce ne sont généralement pas des preuves propres à établir les obligations, ni leur exécution.

7. En cela le droit civil diffère du droit criminel, qui demande seulement aux jurés s'ils sont

convaincus de la culpabilité de l'accusé, sans leur prescrire de former leur conviction seulement d'après des règles ou des preuves spéciales (art. 342, Cod. d'instr. crim.); car, dès qu'un fait est contesté, le droit civil exige que ce fait soit prouvé d'après les règles qu'il trace à cet effet : il n'autorise pas les juges, du moins en général, à en reconnaître l'existence aux couleurs plus ou moins frappantes dont un habile défenseur peut revêtir ses raisonnemens; il veut que la vérité de ce fait soit la même pour tous, par qui que ce soit qu'elle soit exposée.

8. Néanmoins la loi se contente quelquefois, à la place des preuves proprement dites, de simples présomptions, ou conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu; mais c'est lorsque la nécessité le commande, et encore, craignant l'erreur du jugement de l'homme, elle ne permet au magistrat de se déterminer par leur secours que lorsque ces présomptions sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où il serait autorisé à admettre les preuves testimoniales, cas où l'intérêt de la contestation est généralement modique, et dans ceux aussi où il s'agirait de découvrir le dol ou la fraude reprochés aux actes. (Art. 1353.)

9. Ainsi, les preuves artificielles ou résultant du raisonnement et de l'art de présenter les circonstances d'un fait, ne sont point des preuves légales, du moins généralement; elles ne tiennent même lieu

de preuves positives que dans les cas seulement où la loi autorise le magistrat à se décider par leur secours, lorsqu'elles sont des conséquences d'un fait connu à un fait inconnu, que l'on cherche à découvrir par la liaison qui existe entre eux; et leur efficacité est-elle encore abandonnée à la prudence et au discernement du magistrat.

Au lieu que pour les preuves positives, celles que l'une des parties elle-même a fourni contre elle par des actes publics, ou par des actes sous signature privée reconnus par elle, ou tenus pour reconnus en cas de dénégation de l'écriture ou de la signature, le juge ne peut légalement se refuser d'y ajouter foi tant que la force de ces actes n'est pas détruite par les moyens tracés par la loi. Il en est de même de la force que la loi attache à la chose jugée, et de toutes les présomptions qu'elle a établies par quelque disposition particulière, si elle n'a pas réservé la preuve contraire, de l'aveu fait en justice par l'une des parties, et du serment judiciaire. Le magistrat ne pourrait, quelle que fût son opinion personnelle, bien mieux sa conviction positive touchant le fait contesté, s'empêcher de prononcer suivant la preuve légalement administrée de ce même fait, d'y conformer son jugement.

Ainsi, lorsque l'une des parties a déféré à l'autre le serment sur tel fait, et que le serment a été prêté, le juge, eût-il la conviction qu'il a été faussement prêté, ne peut s'empêcher de décider conformément au serment; car la partie elle-même qui l'a

déféré ne serait point recevable à en prouver la fausseté (art. 1363). Le juge peut lui-même se tromper. D'ailleurs, si la loi eût cru devoir accorder à la partie qui a déféré le serment le droit de prouver que son adversaire a commis un parjure, et le droit de dire, en conséquence, que le serment doit être réputé non avenu, elle eût par la même raison accordé aussi à la partie qui l'a prêté, le droit de se défendre, et de combattre les assertions de son adversaire; or, cette partie serait même privée de ce moyen, si le juge, obéissant à son opinion personnelle, jugeait contrairement *à la vérité légale* du serment; ce qui serait subversif de toute idée de justice, et ouvrirait la porte aux plus grands abus, à l'arbitraire le plus dangereux. Il y a deux hommes dans le juge : l'homme privé et l'homme public. L'homme public doit se conformer aux lois, et les lois veulent que le serment déféré par l'une des parties à l'autre, et régulièrement prêté par celle-ci, *décide* la contestation; aussi est-il appelé *décisoire*. Il a entre elles la force d'une transaction régulière.

Ainsi encore, lorsque l'une des parties produit contre l'autre un acte authentique, que celle-ci, par manque de preuves, ou par crainte, n'ose attaquer de faux, le juge qui aurait l'opinion que cet acte est faux, qui en aurait même la certitude, serait cependant tenu d'y conformer sa décision tant que la partie contre laquelle il est produit ne l'attaquerait pas par l'inscription de faux, et que cette inscription ne serait pas suivie de la mise en accu-

sation de l'inculpé de faux ; sauf ce qui est établi pour le cas de faux incident par l'art. 1319 ; car l'acte authentique *fait pleine foi* de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause (*ibid.*). Or, s'il fait pleine foi d'après la loi, le juge ne peut lui ôter sa force en le privant de son effet, quelle que soit d'ailleurs son opinion personnelle, sa conviction même, touchant la fausseté de cet acte.

Mais, dira-t-on , comment un juge pourrait-il être forcé de juger contre sa conscience ? Il ne compromet point sa conscience, en remplissant le devoir que lui impose la loi. Il agirait au contraire témérairement, et par conséquent contre les devoirs de la conscience d'un bon juge , s'il n'avait aucun égard à un acte auquel la loi a attaché la vertu de faire pleine foi par lui-même. Il jugerait ainsi cet acte sous un rapport sous lequel il n'en est pas le juge, et il le jugerait sans l'emploi des formalités que la loi a regardées comme nécessaires pour reconnaître le faux d'une manière certaine, du moins autant qu'il est donné aux hommes de connaître la vérité ; il le jugerait même sans contradicteur, sans que la partie qui l'a produit pût administrer ses preuves et combattre les raisons qui font croire au magistrat que l'acte est faux ; ce qui serait une monstruosité en jurisprudence, où chaque partie a et doit toujours avoir le droit de combattre par tous les moyens qui sont à sa disposition, les preuves et les assertions qu'on lui oppose.

En sens inverse, le juge ne peut pas non plus juger d'après sa conviction personnelle, si la loi n'a pas admis le genre de preuve sur lequel le demandeur fonderait sa demande : par exemple un juge qui aurait été témoin avec d'autres personnes d'un prêt de 500 francs fait par Paul à Philippe, en telle circonstance, ne pourrait pas admettre Paul à prouver par témoins la réalité du prêt nié par Philippe, ni condamner ce dernier; sauf à Paul à déférer le serment à son adversaire, et alors au juge à condamner celui-ci, s'il refuse de le prêter.

Du reste, le juge a généralement le pouvoir d'apprécier les simples faits accidentels que peut présenter la cause, et d'interpréter les clauses obscures et ambiguës. Nous avons expliqué précédemment les règles que la loi lui trace à cet égard.

10. On divise les preuves en preuves de droit et en preuves de fait.

Les premières sont les dispositions de la loi elles-mêmes. Chacune des parties peut invoquer celles qui sont en sa faveur, et c'est au magistrat à voir si elles se rapportent à la cause, si elles la décident, et à en faire une juste application, ou à les écarter si elles ne s'appliquent point à l'espèce, ou si elles ont été abrogées par d'autres. Mais il ne peut se refuser à juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi : il se rendrait coupable d'un déni de justice. (Art. 4.)

Les secondes sont les preuves que fournissent

les actes, ou d'autres faits qui se sont passés entre les parties et qui sont démontrés soit par témoins, dans le cas où la loi en autorise la preuve de cette manière, soit par l'aveu de l'une des parties, ou par le serment, soit enfin par les déductions et conséquences que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu, lorsque la loi l'autorise à se décider par leur secours.

11. Les docteurs (1) ont divisé les preuves en *pleines* et *moins pleines*, ou *semi-pleines*.

Les premières sont celles qui résultent d'un acte authentique, ou même sous-seing privé dont l'écriture est reconnue ou tenue pour reconnue; celles qui résultent des présomptions établies par la loi, si elle n'a pas réservé la preuve contraire, ou même lorsqu'elle l'a réservée, si cette preuve n'est pas produite; celles aussi qui résultent de la déposition uniforme de plusieurs témoins non reprochés ou non légalement reprochés, de l'aveu de la partie elle-même, s'il n'est pas la suite d'une erreur de fait, et du serment prêté ou refusé par elle. Le magistrat, comme nous l'avons dit, doit conformer son jugement à ces preuves; sauf ce que nous dirons plus loin sur la preuve testimoniale.

Les autres sont celles qui suffisent pour ébranler la croyance, mais sans produire une entière persuasion, et desquelles il ne résulte que des probabilités, des vraisemblances : telles sont les présomp-

---

(1) *Voyez* Mascardus, *de probat.*, tom. I, *quæst.* 4, n° 5.

tions abandonnées à la sagesse du magistrat, et, en général, la déposition d'un seul témoin.

12. Toutefois, cette division des preuves en *pleines* et en *semi-pleines* a été critiquée par plus d'un jurisconsulte (1). *Ut veritas*, dit Cujas, *ad Codicem*, tit. *ad Legem Juliam majest.*, vers le milieu, *ut veritas ità probatio scindi non potest. Quæ non est plena veritas est plena falsitas, non semi veritas. Sic quæ non est plena probatio, planè nulla probatio est.* Et il ajoute que les Romains n'ont point connu de semi-preuves; *non noverunt ullam probationem semi plenam.*

Le Code civil a cependant consacré cette distinction, en disant que le juge ne pourra déférer le serment à l'une des parties, soit sur la demande, soit sur l'exception, que sous les deux conditions suivantes :

1° Que la demande, ou l'exception qui y est opposée, ne soit pas *pleinement justifiée ;*

2° Qu'elle ne soit pas *totalement dénuée de preuves*. (Art. 1367.)

Donc il y a des *preuves* qui ne sont pas complètes, ou des *semi-preuves*.

13. On divise aussi les preuves en *directes* et en *indirectes ;* mais cette division se fait mieux sentir en droit criminel qu'en droit civil.

---

(1) *Voyez* M. Merlin, *Repertoire de jurisprudence*, v° *preuve*, sect. 3, n° 4, 3ᵉ édition.

Je prouve *directement* que j'ai prêté à Paul 300 fr., si je produis son billet, qu'il ne désavoue pas.

Et je prouve *indirectement*, et cependant d'une manière irréfragable, que je n'ai pas signé tel acte, tel jour, à Paris, si je prouve que ce même jour j'étais à Rome.

Toutes les preuves de *négation* qui se transforme en affirmation d'un fait positif contraire, sont des preuves indirectes.

14. Le développement de ces principes généraux se fera successivement : il suffit de dire, quant à présent, que le Code, ainsi que nous l'avons fait observer, reconnaît cinq manières d'établir les obligations et leur paiement :

1° La preuve littérale,

2° La preuve testimoniale,

3° Les présomptions,

4° L'aveu de la partie,

Et 5° le serment (Art. 1316.)

Toutes les preuves, en droit civil, se rapportent à l'une ou à l'autre de ces manières d'établir les obligations et les paiemens.

Nous suivrons cet ordre général.

SECTION PREMIÈRE.

De la preuve littérale.

SOMMAIRE.

15. *De combien de sortes d'actes peut résulter la preuve littérale.*

15. La preuve littérale est celle qui résulte des écrits authentiques ou privés des parties, ou de l'une d'elles.

C'est un aveu, une reconnaissance de leur part de la convention ou du fait consigné dans l'écrit; car, et abstraction faite des tiers, toute preuve littérale n'est rien autre chose qu'une confession de la personne à qui on l'oppose, ou de son auteur.

Il en est de plusieurs sortes :

Les actes authentiques,

Les contre-lettres,

Les actes sous signature privée ordinaires,

Les registres des marchands,

Les simples écritures domestiques des particuliers non marchands,

Les lettres missives, les notes, les écritures mises sur des titres, les quittances;

Et les tailles, qui forment aussi une espèce de preuve littérale.

Il y a ensuite les copies de titres,

Et enfin les actes récognitifs et confirmatifs.

Tels sont les objets généraux qui se rapportent à la preuve littérale, et qui sont traités dans le Code sous la première section de ce chapitre.

§ Ier.

Du titre authentique.

SOMMAIRE.

gueur, sauf en ce qui concerne les testamens par acte public.

31. *Qualités que doivent avoir les témoins aux actes des notaires autres que les testamens.*

32. *Pour les témoins aux testamens, c'est le Code civil (art. 980) qui règle les qualités qu'ils doivent avoir.*

33. *Certaines condamnations empêchent d'être témoins dans les actes publics.*

34. *Il n'y a pas besoin de s'inscrire en faux contre l'acte, pour prouver qu'un des témoins ne pouvait y figurer en cette qualité.*

35. *L'erreur publique sur la qualité d'un témoin la rendrait excusable, et empêcherait la nullité de l'acte pour cette cause.*

36. *Deux notaires parens ou alliés au degré déterminé par la loi ne peuvent concourir au même acte. La même prohibition n'existe pas pour les témoins.*

37. *Diverses personnes qui ne peuvent être témoins.*

38. *Le nom, l'état et la demeure des parties doivent être connus des notaires, ou leur être attestés par deux citoyens connus d'eux et réunissant les qualités de témoins.*

39. *Les actes doivent énoncer les nom et lieu de residence du notaire qui les reçoit.*

40. *Ainsi que les noms et demeures des témoins instrumentaires, le lieu où les actes sont reçus, et leur date.*

41. *La mention de la qualité de* notaire *n'est pas requise à peine de nullité; elle peut être remplacée par des énonciations indiquant cette qualité.*

42. *De quelle manière peut être indiqué le lieu où l'acte est passé.*

43. *Comment les actes doivent être rédigés : ce qu'on entend par* un seul et même contexte.

44. *Les actes sont signés par les parties, les témoins et les notaires, avec mention de cette formalité. Les parties qui ne savent ou ne peuvent signer, en font la déclaration, qui est également mentionnée.*

45. *La mention de la signature des notaires, exigée par la loi du 25 ventôse an* XI, *a toutefois été regardée comme inutile par le Conseil d'état, dont l'avis, approuvé, a été inséré au Bulletin des lois.*

46. *La mention de la cause qui a empêché une partie de signer n'est pas exigée par la loi de ventôse, comme elle l'est par l'art.* 973 *du Code pour les testamens par acte public.*

47. *Si la partie qui savait et pouvait signer a déclaré ne le savoir ou ne le pouvoir, l'acte n'est pas nul pour cela ; mais un testament devrait l'être.*

48. *La signature des parties doit, en général, être du nom de famille tel qu'il est porté dans les actes de naissance.*

49. *Comment doivent être mis les renvois et apostilles.*

50. *Conséquences.*

51. *Point de surcharges, ni d'interlignes.*

52. *Conséquences.*

53. *Remarque sur la surcharge de la date d'un testament olographe.*

54. *La loi ne prononce pas expressément la nullité des mots rayés : motifs de cette réticence.*

55. *Les notaires sont tenus de garder minute des actes qu'ils reçoivent, sauf quelques exceptions.*

56. *Mais les testamens par acte public ne sont point au nombre de ces exceptions ; en conséquence le notaire ne doit point se dessaisir de la minute, quand même ce serait le testateur qui la lui demanderait.*

57. *Le droit de délivrer des grosses et des expéditions n'appartient qu'au notaire possesseur de la minute.*

58. *Les notaires ne peuvent se dessaisir d'aucune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et en vertu de jugement.*

59. *Ils ne peuvent délivrer expédition qu'aux parties intéressées, sauf ordonnance contraire du président du tribunal.*

60. *Les grosses seules sont délivrées en forme exécutoire.*

61. *Il est fait délivrance d'une grosse à chacune des parties ; il*

doit en être fait mention sur la minute, et il ne peut en être délivré d'autres sans le consentement de toutes les parties intéressées, ou sans une ordonnance du président du tribunal.

62. *Formalités à observer pour obtenir une seconde grosse en vertu de la permission du juge.*

63. *Si dans la délivrance des grosses le notaire a besoin d'être assisté du* second.

64. *Les actes des notaires doivent être légalisés lorsqu'on veut s'en servir au loin : ce qu'on entend par légalisation.*

65. *Le notaire suspendu, destitué ou remplacé doit, aussitôt que la notification lui en a été faite, cesser l'exercice de son état.*

66. *La loi du* 25 *ventôse an* XI *abroge toutes lois antérieures en ce qui y serait contraire.*

67. *De plus, les actes doivent être rédigés en langue française.*

68. *L'acte nul comme acte authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, vaut comme écrit sous signature privée, s'il est signé des parties.*

69. *Mais il faut pour cela qu'il puisse valoir comme écriture privée, ce qui n'est pas quant aux actes de donation, aux contrats de mariage et aux conventions d'hypothèque.*

70. *L'incompétence ou l'incapacité de l'officier qui a reçu l'acte peut avoir lieu dans plusieurs cas, qu'il ne faut pas confondre.*

71. *Dans celui où l'officier public n'était incompétent que parce qu'il a instrumenté hors de son ressort, l'acte signé des parties vaut comme écriture privée, encore qu'il contînt des conventions synallagmatiques : l'art.* 1325 *ne serait point applicable.*

72. *Si les engagemens synallagmatiques sont solidaires, ceux qui n'ont pas signé ne sont point obligés; mais ceux qui ont signé ne le sont pas moins si l'acte a été signé de l'autre partie.*

73. *Et dans le cas d'obligation purement unilatérale ou de reconnaissance de dette, l'acte vaudrait comme écriture privée*

quoi qu'il ne fût signé que du débiteur seulement : l'art. 1326 *ne serait point non plus applicable.*

74. *Si l'acte avait été passé devant un autre officier public qu'un notaire, quand il était du ministère des notaires, il ne vaudrait même comme écriture privée qu'autant que toutes les conditions requises pour les actes de cette sorte auraient été observées.*

75. *Les actes reçus par un notaire suspendu, interdit ou destitué avant la notification de la suspension, etc., sont authentiques.*

76. Secùs *quant à ceux qui ont été reçus depuis la notification, quand bien même les parties auraient ignoré l'incapacité du notaire.*

77. *Mais les actes reçus par des individus nommés notaires sans réunir les conditions requises, sont cependant valables comme actes authentiques.*

78. *La nullité de l'acte, même comme écriture privée, n'entraîne point la nullité de l'*obligation *pour prêt ou autre cause réelle ; seulement il faudra prouver la dette autrement que par l'acte.*

79. Quid *des* conventions, *dans ce cas, si l'acte n'a été ni exécuté ni autrement confirmé.*

80. *L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties et leurs représentans.*

81. *Il prouve également le fait,* rem ipsam, *à l'égard des tiers, mais il ne les oblige pas : conséquences.*

82. *Dans les anciens principes, l'acte authentique faisait pleine foi nonobstant l'inscription de faux et la mise en accusation de l'inculpé de faux.*

83. *Aujourd'hui la mise en accusation suspend l'exécution de l'acte, mais la plainte seule ne la suspend pas ; les tribunaux peuvent toutefois la suspendre dans le cas d'inscription de faux incident.*

84. *Elle n'est pas non plus suspendue par l'accusation de dol ou de violence, ou autres vices intrinsèques.*

85. *Mais la partie n'est point obligée d'attaquer par la voie de*

l'inscription de faux, l'acte entaché de ces vices.

86. *Ce qu'est la plainte en faux, et de quelles manières se commet le faux en écriture authentique.*

87. *Celui à qui on présente une grosse ou première expédition qu'il soupçonne n'être pas conforme à la minute, peut en exiger la représentation; mais il n'y aurait pas moins faux qualifié quoiqu'il n'y eût eu de falsification que dans la grosse.*

88. *Autre chose serait si la falsification ne portait que sur une simple copie, même de la grosse.*

89. *Deux sortes d'inscriptions de faux, la plainte en faux, ou le faux principal ou criminel, et l'inscription de faux incident, ou faux civil. Contre qui se dirige la première, et ce qu'elle suppose.*

90. *Elle peut avoir lieu même avant que l'auteur du faux ait fait usage de l'acte, ou après une inscription de faux civil.*

91. *Dans le cas de mort du coupable, la nullité de l'acte comme faux peut être demandée devant les tribunaux civils contre ses héritiers.*

92. *De quand commence à courir la prescription de l'action criminelle et de l'action civile en matière de faux; et si après la prescription acquise, la nullité de l'acte pour cause de faux peut encore être demandée au civil.*

93. *Texte de l'art.* 214 *du Code de procédure, sur le faux incident civil.*

94. *Sens des mots «Sera reçu à s'inscrire en faux,* s'il y échet.»

95. *Ce que doit faire préalablement celui qui veut s'inscrire en faux civil.*

96. *L'acte, soit authentique, soit sous-seing privé, fait foi aussi entre les parties de ce qui y est exprimé même en termes simplement énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct avec la disposition.*

97. *Des énonciations qui n'ont pas un rapport direct avec le dispositif de l'acte.*

98. *L'effet des simples énonciations est généralement nul à l'égard des tiers.*

Art. Ier.

Observations préliminaires.

16. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été reçu, et avec les solennités requises. (Art. 1317.)

Il en est de plusieurs sortes :

Tels sont les actes de l'état civil, rédigés par les officiers préposés à cet effet ;

Les actes de l'autorité, comme les lois, les ordonnances, les traités de paix, d'alliance et de commerce;

Les procès-verbaux et actes dressés par les officiers chargés de constater les délits, mais sous les

limitations et distinctions établies par les lois;

Les actes du ministère des huissiers;

Ceux des notaires;

Et enfin les jugemens et autres actes judiciaires.

17. Les procès-verbaux de conciliation devant les juges de paix sont aussi des actes authentiques, nonobstant ces mots de l'art. 54 du Code de procédure: « Les conventions des parties insérées au pro- « cès-verbal ont force d'*obligation privée;* » ce qui veut dire seulement que les parties ne peuvent y stipuler d'hypothèque, et que les conventions n'ont point par elles-mêmes d'exécution *parée*, parce que l'on n'a pas voulu que les parties pussent, par cette voie, éluder le ministère des notaires. Mais le procès-verbal de conciliation étant rédigé par un officier public, sous les auspices d'un magistrat, est un acte authentique, qui fait pleine foi par lui-même, comme les autres actes authentiques.

Les conventions synallagmatiques qu'il renferme, comme les transactions, les abandons réciproques et toutes conventions qui, de leur nature, emporteraient obligation de part et d'autre, sont valables, sans qu'on puisse opposer qu'elles ne sont pas faites par des actes en doubles originaux, comme le veut l'art. 1325 pour les actes sous signature privée qui contiennent des conventions synallagmatiques; car ces procès-verbaux ne sont pas des actes sous signature privée.

18. Le mot *titre* et le mot *acte* sont souvent con-

fondus dans le Code. C'est ainsi que la rubrique du § 1er de cette section porte *du titre authentique*, et que tous les articles ensuite parlent de l'*acte*.

Le titre, c'est la *cause* du droit; le titre d'un acheteur, c'est l'achat; le titre d'un fermier, c'est le louage : le titre se confond donc avec la convention ou le contrat.

Quand on dit que, pour prescrire par dix et vingt ans, il faut un juste titre, on entend dire qu'il faut une juste cause de possession, comme l'achat, la donation, le legs; et lorsque l'on ajoute que le *titre* nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans (art. 2267), on a en vue l'*acte*, seule chose qui puisse revêtir une *forme*.

Le mot *acte*, *actus*, du verbe *agere*, signifie ce qui a été fait, ce qui s'est passé entre les parties; et dans ce sens il se prend souvent pour la convention, pour le contrat : ACTUM *quidem generale verbum esse, sive verbis, sive re quid agatur : ut in stipulatione, vel numeratione.* L. 19, ff. *de verb. signif.* Mais il se prend souvent aussi pour la preuve du titre, ou de la convention, pour l'écrit qui a été rédigé pour la constater; et c'est sous ce point de vue qu'on l'envisage ici. En ce sens les actes se nomment *instrumenta*, dans les lois romaines, parce qu'ils sont destinés à *instruire, instruere*, de ce qui s'est passé entre les parties, *quod actum est.*

Ces mots *titre*, *acte*, ne sont donc point synonymes, quoiqu'on les confonde souvent. On peut avoir un titre sans avoir un acte. Un héritier a un titre,

seu justa causa possidendi, et son titre n'est point un acte. Celui qui a acheté verbalement a un titre, et n'a point d'acte : il n'a point d'*instrumentum*, mais il a un titre dans l'achat. Et *vice versâ*, celui qui a acheté par écrit, mais de mauvaise foi, le fonds d'autrui, a bien un acte, mais il n'a point de titre : il n'a pas *justa causa possidendi*, et il ne prescrira que par trente ans, tout comme s'il n'avait pas acheté, mais seulement occupé la chose de lui-même. Son acte ne signifie rien, du moins quant au propriétaire. Au lieu que s'il eût acheté de bonne foi, et que l'acte ne fût pas nul par défaut de forme, il aurait titre et acte tout à la fois, et ce titre lui servirait pour prescrire par dix et vingt ans, ainsi que pour gagner les fruits.

19. Les rédacteurs du Code, considérant que la loi du 25 ventôse an XI, sur *le notariat*, établissait toutes les formalités et conditions requises pour la validité des actes reçus par les notaires, se sont contentés de tracer quelques règles pour les actes sous signature privée, de définir l'acte authentique, et d'expliquer ses principaux effets. Mais il importe d'analyser les dispositions générales de cette loi pour apprécier la validité des actes reçus par ces officiers publics, actes que le Code a généralement eus en vue en parlant du titre authentique.

20. Comme nous avons traité avec étendue des formalités du testament par acte public, ou en la forme mystique, d'après les dispositions de la même

loi, et d'après celles du Code, au tome IX, nous ne nous en occuperons pas ici.

Art. II.

Analyse des dispositions principales de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat.

21. Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, pour en assurer la date, en conserver le dépôt, et en délivrer des grosses et expéditions. (Art. 1.)

22. Par conséquent, tout acte qui doit être passé en la forme authentique est du ministère des notaires, si une loi particulière n'a désigné un autre ordre de fonctionnaires ou d'officiers publics pour le recevoir ou le faire.

23. Les notaires sont institués à vie (art. 2); c'est la garantie de leur indépendance.

24. Ils sont tenus de prêter leur ministère lorsqu'ils en sont requis (art. 3).

Ils doivent le prêter aux personnes domiciliées hors de leur ressort, qui le requièrent, comme à celles de leur ressort, sauf l'application de l'art. 11, dont il sera bientôt parlé.

25. Chaque notaire doit résider dans le lieu qui

lui est fixé par le gouvernement. En cas de contravention, le notaire est considéré comme démissionnaire ; en conséquence, le ministre de la justice, après avoir pris l'avis du tribunal, peut proposer au gouvernement son remplacement (art. 4).

Les notaires exercent leurs fonctions, savoir : ceux des villes où est établi le tribunal d'appel (aujourd'hui la Cour royale), dans toute l'étendue du ressort de ce tribunal ; ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance, dans l'étendue du ressort de ce tribunal.

Ceux des autres communes dans l'étendue du ressort du tribunal de paix (art. 5).

26. Il est défendu à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué en cas de récidive, et de tous dommages-intérêts (art. 6).

L'art. 68 prononce, pour cette contravention, la nullité de l'acte considéré comme acte authentique ; c'est une nullité pour cause d'incompétence de l'officier public.

27. Les fonctions des notaires sont incompatibles avec celles de juges, de commissaires du gouvernement près les tribunaux (aujourd'hui les procureurs généraux et royaux), leurs substituts, greffiers, avoués, huissiers, préposés à la recette des contributions directes et indirectes, juges, greffiers et huissiers des justices de paix, commissaires de police, et commissaires aux ventes (art. 7).

On a voulu laisser la plus grande liberté aux citoyens dans le choix du dépositaire de leurs conventions, et pour cela ne point les obliger indirectement à recourir à ceux dont ils seraient les justiciables. Et comme la qualité de comptable des deniers publics emporte une responsabilité qui se serait mal accordée avec la sécurité que le ministère du notaire doit offrir à ceux qui le réclament, on a prononcé également l'incompatibilité de ces diverses fonctions dans la même personne. Mais les fonctions de notaire ne sont point incompatibles avec celles de maire ou d'adjoint de maire.

28. Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parens ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur (art. 8). L'art. 68 prononce aussi, pour cette infraction, la nullité de l'acte considéré comme acte authentique.

A plus forte raison les notaires ne peuvent-ils recevoir des actes dans lesquels eux ou leurs épouses auraient un intérêt, soit qu'ils traitassent par le ministère d'une personne interposée, soit qu'ils fussent en nom dans l'acte.

29. Les actes sont reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'ar-

rondissement communal où l'acte est passé (art. 9).

L'art. 68 prononce pareillement, pour infraction à cette disposition, la nullité de l'acte comme acte authentique.

Ainsi, si le notaire ne mentionne pas dans l'acte la présence d'un second notaire, ou celle de deux témoins instrumentaires, il y a nullité, quand bien même l'acte serait ensuite signé de deux notaires; car il résulterait seulement de la signature du second, qu'elle a été donnée après coup, pour valider l'acte qui était nul dès le principe.

Et si la présence de deux témoins instrumentaires est mentionnée dans l'acte, quand cependant ils n'étaient point, ou l'un d'eux, présens à sa rédaction, l'acte fait bien foi de leur présence, mais il peut être attaqué par l'inscription de faux, et il doit être annulé s'il est établi qu'elle a été faussement mentionnée.

30. Mais quant à la présence du second notaire à la rédaction de l'acte dans lequel elle se trouve d'ailleurs mentionnée, elle n'a pas été considérée jusqu'à ce jour comme une condition de rigueur, sauf ce qui est prescrit pour les testamens par acte public, par l'art. 971 du Code civil. Dans les actes ordinaires, comme ceux de vente, d'échange, de transaction, les obligations, etc., on ne s'est point attaché à la disposition littérale de la loi du 25 ventôse an XI. On a continué d'observer à cet égard les statuts et réglemens des notaires de Paris, homolo-

gués le 13 mai 1681, qui n'exigeaient point la présence réelle du second notaire à la réception de l'acte, mais seulement la mention de sa présence, et sa signature, pour sa responsabilité. En sorte que les parties ne seraient point admises à s'inscrire en faux pour établir que le second notaire n'a point réellement assisté à la rédaction et réception de l'acte, afin de le faire annuler; à la différence du cas où ce serait un testament, qui serait absolument nul si en réalité le second notaire n'avait pas assisté à toute l'opération.

Il est bien vrai que la loi de ventôse ne fait pas cette distinction entre les testamens et les autres actes; qu'elle exige pour tous qu'ils soient *reçus par deux notaires*, ou *par un notaire assisté de deux témoins;* mais dans toutes les législations et dans tous les temps, des lois ont été sujettes à tomber en désuétude, en tout ou en partie, par l'effet d'un consentement tacite des peuples : *Rectissimè etiam illud receptum est, ut leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* L. 32, § 1, ff. *de legibus.*

« Toutes les lois, dit M. d'Aguesseau (1), sont « sujettes à tomber en désuétude, et il est bien « certain que quand cela est arrivé, on ne peut « plus tirer un moyen de cassation d'une loi qui a été « abrogée tacitement par un usage contraire. Il ne

(1) Lettre du 29 octobre 1736, tome IX, pag. 446.

« faut pas oublier cette règle du droit romain :
« *inveterata consuetudo pro lege non immeritò cus-*
« *toditur* (1). »

Or, il est certain que la disposition de la loi de ventôse, sur ce point, n'a pas été observée comme une de ces règles positives dont on ne peut s'éloigner sans exposer l'acte à la nullité. La société serait bouleversée si la nullité des actes authentiques pouvait être demandée pour cause de cette inobservation; et l'imagination s'effraie en songeant à l'innombrable quantité d'inscriptions en faux et de demandes en nullité auxquelles donnerait lieu l'application littérale de la loi sur ce point. Le plus rigoureux observateur des règles qui n'aurait pas abjuré toute prudence, n'oserait jeter dans la société une telle cause de perturbation.

C'est un mal sans doute qu'une disposition non légalement abrogée, et surtout d'une loi si peu ancienne, ne soit pas mieux exécutée; il vaudrait mieux qu'elle n'existât pas : aussi, cette infraction a-t-elle été souvent signalée par des esprits sévèrement attachés à l'observation des règles. Mais enfin c'était au gouvernement, par l'organe du chef de la justice, à faire cesser l'abus, si la disposition était réellement utile; les citoyens ne sauraient être victimes de l'approbation tacite qu'il y a donnée par son silence dès les premiers temps de la loi

(1) *Voyez* ce que nous avons dit à cet égard au tome I, n° 107 et suivans.

elle-même jusqu'à ce jour. La signature du second notaire le rendant d'ailleurs responsable, on a pensé que les garanties étaient suffisantes.

31. Quant aux témoins instrumentaires, l'art. 9 de de la loi veut qu'ils soient *citoyens* français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. Or, d'après l'art. 4 de la constitution de l'an VIII, sous l'empire de laquelle la loi sur le notariat a été promulguée, la qualité de *citoyen* français se perd par la naturalisation en pays étranger, par l'acceptation de fonctions ou de pensions offertes par un gouvernement étranger, par l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, et par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes.

Et, suivant l'art. 5, l'exercice des droits de citoyen est suspendu par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat ou détenteur à titre gratuit de la succession totale ou partielle d'un failli;

Par l'état de domestique à gages, attaché au service de la personne ou du ménage;

Par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace.

Ces dispositions ont été confirmées par l'art. 7 du Code civil, qui porte que « l'exercice des droits « civils est indépendant de la qualité de citoyen, « laquelle ne *s'acquiert* et ne se *conserve* que con- « formément à la loi constitutionnelle. »

La charte de 1814 était muette sur la *qualité de citoyen*, et celle de 1830 n'en parle pas non plus; en sorte que l'on peut regarder la constitution de l'an VIII comme étant encore en vigueur en ce point, du moins en général (1), et tous les jours on en applique l'art. 75.

Mais l'art. 2 de la même constitution exigeait de tout homme né et résidant en France, pour être citoyen, 1° qu'il fût âgé de vingt-un ans accomplis; 2° qu'il se fût fait inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal; et 3° qu'il eût demeuré depuis pendant un an sur le territoire de la république; en sorte que l'on n'a pu devenir citoyen français avant l'âge de vingt-deux ans, ni par conséquent être temoin, avant cet âge, aux actes reçus par les notaires.

Toutefois, quant à la seconde condition, celle de l'inscription sur le registre civique de l'arrondissement communal, comme ces registres n'ont point été tenus dans la plupart des communes, et que les citoyens n'ont pu devenir victimes de la négligence de l'autorité à cet égard, on est généralement d'accord que cette condition n'a pas été

---

(1) Nous disons *en général*, parce que, d'après l'art. 17 du Code civil, l'acceptation de fonctions conférées par un gouvernement étranger ne faisant point perdre la qualité de Francais, lorsqu'elle a été autorisée par le gouvernement français, il est à croire qu'elle ne fait point perdre non plus la qualite de *citoyen*, si elle a eu lieu avec cette autorisation.

En outre, l'affiliation à une corporation étrangère qui supposerait des distinctions de naissance, n'a plus été une cause de perte de la qualité de Français depuis le rétablissement de la noblesse.

nécessaire pour être citoyen français, et par conséquent pour être temoin aux actes reçus par les notaires.

32. Et pour les témoins aux testamens, c'est l'article 980 du Code civil qui règle les qualités qu'ils doivent avoir : ces qualités sont d'être mâle, majeur, sujet du roi, et de jouir des droits civils (1).

33. Outre les individus qui ont été condamnés à la peine des travaux forcés à temps, au banissement, à la réclusion ou à la détention, lesquels, d'après l'art. 28 du Code pénal, ne peuvent jamais être temoins dans les actes (à moins qu'ils n'aient été réhabilités, art. 633, Cod. d'inst. crim.), ceux q uiont été condamnés correctionnellement, avec l'interdiction du droit de témoignage dans les actes (art. 42, Code pénal), ne peuvent être témoins instrumentaires pendant le temps déterminé par l'arrêt ou le jugement.

34. Et il faut observer qu'il n'est pas nécessaire d'attaquer l'acte par inscription de faux, pour défaut des qualités requises dans les témoins, quand bien même le notaire aurait déclaré dans l'acte qu'ils avaient toutes ces qualités; car il a pu être dans l'erreur à cet égard; il a pu être trompé; il ne peut rien attester de positif à ce sujet. Cela est généralement hors de son ministère.

---

(1) *Voyez* tome IX, n° 104 et suivans.

35. Mais si, lors de l'acte, un témoin se trouvait privé d'une qualité nécessaire, qu'on lui reconnaissait cependant généralement, l'acte ne serait pas nul pour cela. L'erreur commune la rend facilement excusable (1). C'est d'après ce principe que Justinien, dans ses Institutes, § 7 *de testam. ordin.*, décide qu'un testament n'est pas nul par cela seul qu'un esclave qui passait publiquement pour homme libre y a figuré comme témoin; et la Cour de Limoges, par son arrêt du 7 septembre 1809 (2), a sainement appliqué cette doctrine, en maintenant un testament auquel avait figuré comme temoin (nécessaire à raison du nombre) un individu que l'on croyait généralement, dans le pays, investi de la jouissance des droits civils, dans le sens de l'art. 980 du Code civil, tandis qu'il en était privé comme étant, lors de l'acte, sous le coup d'une condamnation pour fait de désertion, mais qui était ignorée. La Cour n'a pas même voulu admettre la preuve de ce fait, qui paraissait d'ailleurs constant : elle s'est déterminée par l'application de la maxime *error communis facit jus* (3).

36. Deux notaires parens ou alliés au degré prohibé par l'art. 8, ne peuvent concourir au même acte (art. 10).

---

(1) *Voyez* la loi *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio prætorum.*

(2) Sirey, 1813-2-335.

(3) C'est ce que nous avons déja dit, au tome IX, n° 109.

Mais la même prohibition n'étant point portée à l'égard des témoins, l'on ne pourrait prononcer la nullité d'un acte sur le seul motif que ceux qui y ont assisté comme temoins instrumentaires étaient parens ou alliés au degré ci-dessus (1).

37. Les parens, alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'art 8, leurs clercs et serviteurs, ne peuvent être témoins (*ibid.*).

Ces dispositions sont aussi à peine de nullité de l'acte comme acte authentique (art. 68).

38. Le nom, l'état et la demeure des parties doivent être connus des notaires, ou leur être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoin instrumentaire (art. 11).

Cette disposition n'est point portée sous peine de nullité; aucune amende n'est même prononcée contre le notaire contrevenant. Cependant, comme la loi ne peut pas être dépourvue de toute sanction, l'on doit tenir que l'inobservation de son prescrit donnerait lieu aux dommages-intérêts contre le notaire, et au profit des personnes qui se trouveraient lésées par l'acte. Ce ne serait point, il est vrai, en vertu de l'art. 68 de la loi de ventôse, puisque l'art. 11 n'y est pas mentionné; mais ce serait en vertu du principe général, que tout fait

(1) *Voyez* tome IX, n° 117, et l'arrêt qui y est cité.

quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (art. 1382 et 1383). Tel serait le cas d'un faux pouvoir donné par un individu non connu du notaire, si l'exécution de ce faux pouvoir avait par le fait nui à la personne au nom de laquelle il était censé donné. Tel serait aussi le cas d'un testament que des héritiers auraient été obligés d'attaquer en faux pour en empêcher l'exécution. Mais comme les personnes qui traitent ensemble sont censées se connaître, l'on sent que quand bien même, dans un contrat synallagmatique, l'une d'elles ne serait pas la personne qu'elle se dit être, ou qu'elle n'aurait pas la qualité en vertu de laquelle elle s'est dit agir, le notaire ne serait que bien difficilement responsable; car l'autre partie aurait elle-même à se reprocher sa propre faute, d'avoir traité avec un individu qu'elle ne connaissait pas.

39. Tous les actes doivent énoncer les nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit, à peine de 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant (art. 12).

40. Ils doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines prononcées par l'art. 68, et même de faux, si le cas y échoit (*ibid.*).

Or, les peines prononcées par cet art. 68, sont la nullité de l'acte considéré comme acte authen-

tique, et les dommages-intérêts, s'il y a lieu, contre le notaire contrevenant.

Ainsi, la demeure des témoins doit être énoncée dans l'acte à peine de nullité. Il faut en effet que l'on puisse vérifier s'ils avaient les qualités requises, et pour cela connaître leur demeure : or, pour qu'on puisse plus facilement la connaître, il faut qu'elle soit mentionnée dans l'acte (1). C'est aussi une puissante garantie contre le faux.

41. Mais la mention de la qualité de *notaire* n'est point prescrite à peine de nullité de l'acte considéré comme authentique; l'art. 12 n'exige même l'énonciation du *nom* et de la *résidence* du notaire que sous peine d'amende. Cette mention pourrait donc être suppléée par une énonciation qui indiquerait clairement que c'est un notaire qui a reçu l'acte : comme s'il était dit : *par devant nous, tel, résidant à*...., ou *de résidence à tel endroit*. Les nullités ne se suppléent pas (2).

42. Le lieu où l'acte est passé est suffisamment énoncé par l'indication de la ville ou de la commune; il n'est pas de rigueur de mentionner spécialement la rue ou le territoire de la commune, ni la maison, ainsi que l'exigeait l'ordonnance de

---

(1) Arrêt de cassation du 1er octobre 1810. Sirey, 1811-1-21.

(2) *Voyez* sur ce point ce que nous avons dit au tome IX, n° 60, en parlant *des testamens*, où nous portons la même décision, qui est aussi celle de M. Toullier, mais non celle de M. Merlin.

Blois : *locus loci*, comme disait Dumoulin. La loi actuelle n'exige pas une indication aussi précise, même pour les testamens, qui se font cependant souvent hors de l'étude du notaire (1); et l'acte est généralement présumé passé en l'étude du notaire, parce que c'est là que le notaire se livre communément aux devoirs de sa profession.

43. Les actes des notaires doivent être écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviation, blanc, lacune, ni intervalle; ils doivent contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi que des témoins qui seraient appelés dans le cas de l'art. 11; ils énoncent en toutes lettres les sommes et les dates; les procurations des contractans doivent être annexées à la minute, qui fait mention que lecture de l'acte a été faite aux parties : le tout à peine de 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant (art. 13).

L'unité de contexte exigée ici est l'unité de contexte quant *à la forme*...., c'est-à-dire, ainsi qu'on l'explique ensuite, sans aucun blanc, lacune, ni intervalle. Ce n'est point l'unité de contexte dont parle, en ces termes, l'art. 976 du Code civil, relativement à l'acte de suscription du testament mystique (2) : « Tout ce que dessus sera *fait de suite et* « *sans divertir à autres actes.* » Ce n'est point non

(1) *Voyez* tome IX, n° 55.
(2) *Voyez* tome IX, n° 59.

plus l'unité *de temps ;* en sorte qu'un acte commencé le matin et achevé le soir n'aurait rien de contraire au vœu de la loi. D'ailleurs l'article ne prononce point la nullité, mais seulement une amende contre le notaire, et il n'y aurait même pas lieu à prononcer cette amende, quoique le ministère public offrît de prouver que l'acte a été passé en deux temps. Enfin ce n'est pas même l'unité d'*acte*, car rien n'empêcherait de mêler, par exemple, une procuration, une transaction à un acte de vente, de louage ou de société, par une clause au commencement, à la fin ou même dans le courant de l'acte; seulement il y aurait lieu à un droit particulier d'enregistrement pour la convention spéciale.

Lorsque l'acte est délivré en brevet, comme une quittance de fermages, de loyers, d'arrérages de pensions et rentes (art. 20), si le créancier fait toucher par un mandataire, la procuration n'en doit pas moins rester entre les mains du notaire, pour sa garantie.

44. Les actes sont signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la fin de l'acte.

Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit faire mention, à la fin de l'acte, de leurs déclarations à cet égard (art. 14).

L'observation de ces dispositions est prescrite aussi par l'art. 68, à peine de nullité.

45. Toutefois, un avis du Conseil d'état, du

16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois, et inséré au Bulletin des lois, a décidé, par interprétation de l'art. 14, et pour tous les actes notariés indistinctement, les testamens (1) comme les autres, que la peine de nullité, prononcée par l'art. 68, pour défaut de mention de la signature des parties, des témoins et des notaires qui ont reçu l'acte, ne doit pas s'appliquer au défaut de mention de la signature des notaires, attendu que si cette mention a un but utile en ce qui concerne la signature des parties et des témoins, cette utilité cesse à l'égard de celle des notaires eux-mêmes, qui est toujours exigée, toujours publique, et qui est la certification des autres signatures.

46. La loi de ventôse exige bien, lorsque l'une des parties ne sait ou ne peut signer, que l'acte fasse mention de sa déclaration à cet égard, mais elle n'exige pas, comme l'art. 973 du Code, pour les testamens par acte public, qu'il soit fait mention aussi de la *cause* qui a empêché la partie de signer (2).

47. Lorsqu'un testateur savait et pouvait signer, et que le testament contient sa déclaration de ne savoir signer, il y a présomption qu'il n'a pas testé librement; en conséquence, si la preuve était fournie qu'il savait signer : par exemple, si l'on

(1) Ainsi que nous l'avons dit au tome IX, n° 92.

(2) *Voyez* tome IX, n° 92 et suivans.

produisait des actes reconnus pour avoir été signés de lui, le testament serait annulé, ainsi que l'ont jugé plusieurs Cours, dont nous citons les arrêts au tome IX, nº 99.

Mais il n'en serait généralement pas ainsi dans les autres actes, même dans ceux de donation; autrement il serait facile à l'une des parties de tromper l'autre, et de se rendre de la sorte maîtresse du sort de l'acte.

48. La signature des parties doit, en général, être du nom de famille tel qu'il est porté dans les actes de naissance. Nous avons expliqué cette règle et les modifications dont elle est susceptible, en traitant des testamens (1).

49. Les renvois et apostilles ne peuvent être écrits qu'en marge; ils doivent être signés ou paraphés tant par les notaires que par les autres signataires, à peine de nullité des renvois et apostilles. Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il doit être non seulement signé ou paraphé comme les renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvé par les parties, à peine de nullité du renvoi (art. 15).

50. En sorte que si le renvoi a pour objet une chose essentielle au contrat, par exemple, le prix dans le cas d'une vente, et qu'il ne soit pas fait

(1) Tome IX, nº 59 et suivans, et 89.

avec les formalités ci-dessus, il en résulte nullité de l'acte considéré comme acte authentique, parce qu'il n'y a plus de prix convenu, et qu'une vente ne peut exister sans prix. Mais si le renvoi n'a pour objet que quelque réserve ou addition, en un mot, tout autre chose qu'une chose essentielle au contrat, ce renvoi étant simplement réputé non écrit, l'acte est valable pour le surplus.

51. Il ne doit y avoir ni surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte, et les mots surchargés, interlignés ou ajoutés, sont nuls. Les mots qui devront être rayés doivent l'être de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante, ou à la fin de l'acte, et être approuvés de la même manière que les renvois écrits en marge; le tout à peine d'une amende de 50 francs contre le notaire, ainsi que de tous dommages-intérêts, même de destitution en cas de fraude (art. 16).

52. Puisque les mots surchargés, interlignés ou ajoutés sont nuls, il s'ensuit que si c'est la date qui se trouve surchargée, interlignée ou ajoutée, l'acte est nul, considéré comme authentique; car il se trouve par là privé de date. Or, aux termes de l'art. 12, seconde disposition, combinée avec l'art. 68, le défaut de date rend l'acte nul comme acte authentique.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation à l'égard d'une date *surchargée*, par arrêt de rejet du

pourvoi formé contre une décision de la Cour de Poitiers : « Attendu, porte l'un des considérans, « qu'il a été fait une juste application à la cause des « art. 12 et 16 de la loi du 25 ventôse an XI, qui « prononçaient la nullité de l'acte, considéré comme « authentique, puisqu'il a été déclaré qu'au moyen « de la nullité ci-dessus et des mots concernant la « date, qui étaient surchargés, ledit acte n'était « réellement point daté » (1).

Par la même raison, si les mots exprimant le quantième, le mois et l'année qui forment la *date* de l'acte, sont par interligne ou addition visible, l'acte est nul comme acte authentique; car ils ont pu être mis après coup par le notaire, pour éviter l'amende lorsqu'il s'est aperçu de leur omission, ou bien à la sollicitation de l'une des parties, et il n'a pas dû dépendre de lui d'enlever à l'autre le droit de demander la nullité.

Peut-être que les tribunaux repoussant une conséquence logique, mais qui leur paraîtrait vraisemblablement trop rigoureuse, ne porteraient pas la même décision sur le cas où ce serait seulement le nom du lieu où l'acte a été passé qui aurait été surchargé, ajouté ou interligné : l'irrégularité, en effet, ne présente pas les mêmes dangers, du moins généralement, d'autant mieux que l'immatricule du notaire indiquerait d'ordinaire le lieu où l'acte a été reçu; sauf le cas où l'on prétendrait qu'il a

(1) Arrêt du 27 août 1812. Sirey, 1812-1-369.

été passé hors du ressort du notaire, et que les circonstances donneraient lieu de le penser.

53. Au surplus, la surcharge de la date d'un testament olographe n'est pas un moyen de nullité, si d'ailleurs il y a date fixe, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation elle-même, par arrêt du 11 juillet 1810. Sirey, 1810, 1-289. L'art. 16 de la loi sur le notariat ne s'applique point aux testamens olographes. Voyez les *Questions de droit* de M. Merlin, v° Testament, § 16.

54. Cet article 16 ne prononce pas expressément la nullité des mots rayés : il se borne à dire qu'ils devront l'être de manière que le nombre puisse en être constaté à la marge de leur page correspondante, ou à la fin de l'acte, et être approuvés de la même manière que les renvois écrits en marge : le tout à peine d'une amende de 50 francs contre le notaire, ainsi que de tous dommages-intérêts, même de destitution en cas de fraude.

Il n'a pas dû dépendre, en effet, du notaire, ou de tout autre, dans les mains duquel tomberait la minute, d'en annuler les dispositions essentielles en rayant les mots qui les exprimeraient. Les mots rayés et approuvés comme tels, sont incontestablement nuls, mais ceux qui, quoique rayés, n'ont point été approuvés comme tels, ne le sont pas nécessairement : ils ne le sont qu'autant que l'acte a été clos et signé en cet état ; alors, l'omission du notaire, de les approuver comme rayés ou nuls, ne

saurait leur donner une force qu'ils n'ont jamais eue. Il y a seulement lieu à l'amende contre le notaire. Mais leur rature depuis l'acte ne peut pas non plus détruire leur effet au détriment de l'une des parties, et peut-être de toutes deux.

Il se présente toutefois une difficulté dans l'application de ces principes, dont on ne saurait contester la certitude.

L'acte est-il censé avoir été clos et signé avec les mots rayés; ou bien, au contraire, est-il censé avoir été fait sans les ratures?

Nous pensons qu'il est censé avoir été clos et signé sans les ratures non approuvées comme elles devaient l'être; qu'il y a présomption que le notaire s'est conformé, en le rédigeant, à ce que lui prescrivait la loi, et elle lui prescrivait de faire mention des ratures, s'il y en avait réellement lors de l'acte; en conséquence, les mots rayés et dont la rature n'a point été approuvée sont bons et doivent produire leur effet, si l'on peut en apercevoir encore la teneur, ou si par l'interprétation avec ce qui précède ou ce qui suit, on peut naturellement en saisir le sens.

Vainement dirait-on que par là on suppose la fraude dans le notaire; qu'on l'accuse d'avoir rayé après coup, et que la fraude ne se présume pas; qu'il vaut mieux supposer une simple négligence dans l'omission de l'approbation des mots rayés, qu'une fraude aussi grave que celle d'avoir fait des ratures sur un acte depuis sa perfection. Car, d'a-

bord, il est fort possible que ce soit une autre personne que le notaire qui les ait faites ; en second lieu, c'est la faute du notaire d'avoir donné lieu contre lui à cette présomption ; et enfin le sort des actes ne doit pas être laissé à la merci d'un notaire qui a pu être gagné par l'une des parties.

Au surplus, nous pensons bien qu'il n'y a rien d'absolu sur ce point : l'ancienneté de l'acte, la circonstance que dans les expéditions qui en ont été levées, les mots rayés sur la minute (dont on peut toujours demander la représentation tant qu'elle existe, art. 1334) auraient été ou non reproduits, donneraient lieu aux tribunaux d'apprécier si l'on doit naturellement croire que les ratures ont été faites avant la clôture de l'acte, ou après coup.

Mais prétendre que parce que le notaire est dépositaire de l'acte, et que la fraude ne se présume point, et encore moins dans un homme public que dans un homme privé, l'acte, jusqu'à preuve contraire, est censé sorti des mains du notaire tel qu'il est actuellement, quand les ratures n'ont point été approuvées, ce serait une maxime fertile en conséquences dangereuses, et que par cela même l'on ne doit point admettre d'une manière aussi absolue. La maxime contraire, que le notaire est présumé avoir fait, lors de l'acte, ce que la loi lui prescrivait quant aux ratures comme quant aux autres parties de l'acte, est une maxime plus sûre, sauf à en modifier l'application selon les circonstances de la cause.

55. Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent.

Ne sont néanmoins pas compris dans cette disposition les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes, et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet. (Art. 20.)

56. D'après un avis du Conseil d'état du 7 avril 1821, dont nous rappelons la teneur au titre *des testamens*, tome IX, nº 61, les testamens par acte public ne sont point compris dans ces termes *et autres actes simples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet;* ils doivent au contraire être faits avec minute, et, en conséquence, le notaire ne doit point se dessaisir de la minute du testament, même lorsque le testateur, qui entend le révoquer, lui en demande la remise. Comme nous avons discuté l'un et l'autre point avec étendue, à l'endroit cité, en adoptant pleinement l'avis du Conseil d'état, nous n'entrerons pas dans de nouvelles explications à cet égard.

57. Le droit de délivrer des grosses et des expéditions n'appartient qu'au notaire possesseur de la minute; et néanmoins tout notaire peut délivrer copie d'un acte qui lui a été déposé pour minute. (Art. 21.)

58. Les notaires ne peuvent se dessaisir d'au-

cune minute, si ce n'est dans les cas prévus par la loi, et en vertu d'un jugement.

Avant de s'en dessaisir, ils doivent en signer une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le président et le procureur du roi du tribunal civil de leur résidence, est substituée à la minute, dont elle tient lieu jusqu'à sa réintégration. (Art. 22.)

59. Les notaires ne peuvent également, sans ordonnance du président du tribunal de première instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayant-droit, à peine des dommages-intérêts, d'une amende de 100 fr., et d'être, en cas de récidive, suspendus de leurs fonctions pendant trois mois, sauf néanmoins l'exécution des lois et règlemens sur le droit d'enregistrement, et celle relative aux actes qui doivent être publiés dans les tribunaux. (Art. 23.)

60. Les grosses seules sont délivrées en forme exécutoire; elles sont intitulées et terminées dans les mêmes termes que les jugemens des tribunaux. (Art. 25.)

61. Il doit être fait mention sur la minute de la délivrance d'une première grosse à chacune des parties intéressées : il ne peut lui en être délivré d'autre, à peine de destitution, sans une ordonnance du président du tribunal de première instance, laquelle demeurera jointe à la minute (art. 26), ou

sans le consentement de toutes les parties intéressées. (Art. 1335-1°, Cod. civ.)

62. Suivant l'art. 844 du Cod. de procéd., la partie qui veut se faire délivrer une seconde grosse, soit d'une minute d'acte, soit par forme d'ampliation sur une grosse déposée, présente, à cet effet, requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui est rendue, elle fait sommation au notaire pour faire la délivrance à un jour et heure indiqués, et aux parties intéressées pour y être présentes ; mention est faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance a été acquittée ou cédée en partie.

Ces formalités ne sont pas nécessaires lorsque toutes les parties intéressées sont d'accord pour la délivrance de la seconde grosse ; mais il faut que ceux contre qui elle sera exécutoire soient capables de donner leur consentement.

Le magistrat n'ordonne la délivrance d'une seconde grosse à une partie que lorsque cette partie a perdu celle qui lui avait été délivrée, ou bien lorsque la créance portée en la première grosse, et appartenant à un seul, se trouve ensuite appartenir à plusieurs, soit par cession de partie du droit, soit par l'effet de la division des dettes entre les héritiers du créancier (art. 1220. Cod. civ.), et afin que chacun d'eux ait un titre exécutoire, au moyen duquel il puisse faire saisir les biens du dé-

biteur, sans jugement. (Art. 551, Cod. de procéd.)

63. On est généralement d'accord que, pour la délivrance de la première grosse à chacune des parties, le notaire n'a pas besoin, pour la faire, d'être assisté du second notaire ou des témoins instrumentaires, attendu que c'est là une suite directe de son ministère dans la réception même de l'acte : aussi la loi ne prescrit-elle point cette assistance. On considère la première grosse comme la minute elle-même, que, dans les anciens temps, les notaires remettaient aux parties.

Il n'est sans doute pas impossible que la minute ne soit pas fidèlement et exactement reproduite dans la grosse, soit par erreur du clerc copiste, soit par fraude de l'officier public ; mais la loi a prévu ce danger, en autorisant le débiteur à exiger la représentation du titre original tant qu'il existe, et en décidant que la copie, quelle qu'elle soit, ne fait toujours foi que de ce qui est contenu au titre. (Art. 1334 du Cod. civ.)

Il est vrai que lorsque le titre original ne subsiste plus, les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original (art. 1335-1°), c'est-à-dire qu'elles sont présumées reproduire exactement l'original; et il eût peut-être été utile, dans la prévoyance de ce cas, d'exiger que le notaire fût assisté dans la délivrance de la grosse; mais c'est un cas extraordinaire, et on a pensé que la délivrance de la première grosse à chacune des parties ayant

généralement lieu dans le temps où l'acte a été passé, elles s'apercevraient facilement des inexactitudes ou infidélités qui auraient pu s'y glisser ou être commises, et qu'elles les feraient rectifier.

Quant aux secondes grosses, M. Toullier dit que leur délivrance est un nouvel acte du notaire, et en conséquence qu'il doit être assisté d'un second ou de deux témoins instrumentaires, et nous avions nous-même adopté d'abord cette opinion (1); mais en y réfléchissant davantage, nous avons changé d'avis, attendu que l'art. 844 du Code de procédure, qui trace les formalités à observer pour cette délivrance, ne parle point de celle-là, mais seulement d'une sommation *au notaire*, à un jour et heure indiqués, et *aux parties intéressées*, pour être présentes. C'est probablement parce qu'il n'y a point de nouvelles obligations dans cette seconde grosse, et que les conditions et formalités prescrites par cet article ont paru une garantie suffisante que la grosse serait délivrée parfaitement conforme à la minute, dont la représentation peut d'ailleurs toujours être exigée tant qu'elle existe. L'usage n'est pas non plus conforme à l'opinion de M. Toullier.

Nous aurons encore à parler des grosses ou premières expéditions quand nous traiterons des copies des actes.

64. Les actes notariés doivent être légalisés,

---

(1) Dans notre Traité *des contrats*, etc., tome IV, n° 1323.

savoir, ceux des notaires à la résidence des tribunaux (cours) d'appel, lorsqu'on veut s'en servir hors de leur ressort; et ceux des autres notaires, lorsqu'on veut s'en servir hors de leur département. (Art. 28.)

La légalisation est une attestation du président du tribunal, ou du juge qui le remplace, que la signature mise au bas de l'acte est bien celle de l'officier public dont elle porte le nom.

On ne légalise que les grosses ou premières expéditions, en vertu desquelles seulement on peut exécuter sans jugement, et non les minutes, qui restent en dépôt chez le notaire.

65. Tout notaire suspendu, destitué ou remplacé, doit, aussitôt après la notification qui lui a été faite de sa suspension, de sa destitution ou de son remplacement, cesser l'exercice de son état, à peine de tous dommages et intérêts, et des autres condamnations prononcées par les lois contre tout fonctionnaire suspendu ou destitué qui continue l'exercice de ses fonctions.

Le notaire ne peut les reprendre, sous les mêmes peines, qu'après la cessation du temps de la suspension. (Art. 52.)

66. Telles sont les principales dispositions de la loi du 25 ventôse an XI, sur les actes reçus par les notaires, et art. 69 prononce l'abrogation de la loi du 4 octobre 1791, et de toutes autres lois ou statuts, en ce qu'ils auraient de contraire à la présente.

Il est toutefois une autre disposition importante, celle de l'art. 68, reproduite dans l'art. 1318 du Code, et que nous allons bientôt analyser.

67. Les actes doivent être rédigés en langue française, même lorsque les parties ne parleraient pas cette langue. Depuis l'ordonnance de 1539, tous les actes, contrats, testamens (1) etc., ont dû être rédigés en français; et d'après un décret du 2 thermidor an II, il est défendu d'enregistrer aucun acte, même sous-seing privé, s'il n'est écrit en français. Ce décret toutefois ne prononçait pas la nullité des actes, mais un emprisonnement contre les notaires contrevenans. Son exécution fut, il est vrai, suspendue indéfiniment peu de temps après sa publication; mais un arrêté du 24 prairial an XI ordonna qu'à l'expiration du délai d'un an (délai qui fut ensuite prorogé par plusieurs décrets), tous les actes seraient rédigés en français dans les pays nouvellement réunis. Cet arrêté autorisait toutefois à écrire à mi-marge de la minute, la traduction littérale de l'acte dans la langue ou l'idiome du pays; et c'est ce qui doit s'observer dans les localités où, comme dans certains cantons de l'Alsace et des départemens voisins des Pyrénées, la langue française n'est pas la langue populaire.

---

(1) *Voyez* tome IX, n° 78 et suivans.

Art. III.

De l'effet des actes nuls, considérés comme actes authentiques.

68. Suivant l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67 (1) de la même loi, est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte est revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaut que comme signature privée, sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant.

Voyez, quant à la responsabilité du notaire pour des vices de forme qui feraient prononcer la nullité de l'acte, ce que nous avons dit en parlant des testamens, tome IX, n° 122.

L'art. 1318 du Code porte aussi que « l'acte qui « n'est point authentique par l'incompétence ou « l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de « forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé « des parties. »

---

(1) Les art. 64, 65 et 66 contiennent des dispositions transitoires, relatives aux obligations qu'avaient à remplir les notaires qui, au moment de la publication de la loi, exerçaient leurs fonctions, et relatives aux notaires qui exerçaient des fonctions déclarées, par l'art. 7, incompatibles avec celles de notaires. L'art. 67 est relatif au serment, et au délai dans lequel les notaires ont dû le prêter.

Mais ces dispositions donnent lieu à plusieurs observations importantes.

69. D'abord, quand les actes ne peuvent valoir que comme actes authentiques, tels que ceux portant donation, les contrats de mariage, les conventions d'hypothèque, il ne sert de rien qu'ils aient été signés des parties lorsqu'ils sont nuls comme actes authentiques par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier qui les a reçus, ou par un défaut de forme; car les formalités dans ces actes, ne sont pas seulement exigées pour la preuve, mais bien encore pour la solennité de l'acte, ou, si l'on veut, la loi ne reconnaît la preuve que dans l'emploi de ces mêmes formalités : en sorte que l'aveu de la partie touchant le fait de la convention serait indifférent, et l'on ne pourrait pas lui déférer le serment, d'après la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat*. La nullité de l'acte, dans ces cas, entraîne la nullité de la convention elle-même.

70. Quant à l'incompétence ou à l'incapacité de l'officier qui a reçu l'acte, il est besoin de quelques distinctions, parce que les effets ne sont pas les mêmes dans tous les cas.

L'officier qui a reçu l'acte peut être *incompétent* dans deux cas, qu'il ne faut pas confondre : 1° lorsqu'il a reçu l'acte hors de son ressort; 2° lorsqu'un autre officier public qu'un notaire a reçu un acte du ministère des notaires.

Un officier public peut être *incapable* aussi dans

deux cas : 1° lorsqu'il a obtenu sa nomination par subreption ; 2° lorsqu'il a été suspendu, interdit ou destitué.

71. Dans le premier cas d'incompétence, c'est-à-dire lorsque le notaire a reçu l'acte hors du ressort qui lui est fixé par l'art. 5 de la loi sur le notariat, et que cela est prouvé par les moyens de droit, si la loi n'exigeait pas qu'il fût en la forme authentique, l'acte est obligatoire s'il est signé des parties, lors même qu'il contiendrait des conventions synallagmatiques, comme une vente, un bail, une transaction. L'art. 1325, qui exige que les actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, n'est point applicable à ce cas, parce que l'acte n'étant pas au pouvoir de l'une des parties seulement, étant au contraire dans un dépôt public, le motif qui a présidé à la rédaction de cet article ne se fait plus sentir. C'est ce qu'a jugé la Cour de Turin, le 7 février 1809 (1). L'observation en fut d'ailleurs faite au Conseil d'état lors de la discussion ouverte sur l'art. 1318 du Code, et l'on fut généralement d'accord que la conséquence qu'on voudrait tirer de la combinaison de cet art. 1325 avec l'art. 1318, pour le cas où l'acte nul comme authentique contien-

(1) *Journal de Jurisprudence du Code civil*, tom. XIV, p. 60.

drait des conventions synallagmatiques, serait absolument sans force.

72. Il faudrait même décider, s'il y avait plusieurs obligés solidaires dont un ou plusieurs seulement auraient signé avec l'autre partie, que l'acte serait obligatoire pour tous les signataires; car, de ce que l'un des débiteurs solidaires n'est pas valablement obligé, il ne s'ensuit point que les autres ne le soient pas, puisque, ainsi que nous l'avons dit en traitant de la *solidarité*, si, dans les obligations solidaires, il n'y a qu'une seule obligation *quoad rem*, il y en a autant, *quoad personas*, qu'il y a de personnes obligées. Ainsi dans le cas, par exemple, d'une vente faite à plusieurs personnes qui se sont solidairement obligées au paiement du prix, et dont quelques-unes seulement auraient signé l'acte, si ceux qui ont signé offraient au vendeur la totalité du prix, celui-ci, qui a aussi signé, ne pourrait se refuser à le recevoir, sur le seul prétexte que l'un ou plusieurs des acheteurs n'ont pas signé; car il n'aurait pas d'intérêt. Et s'il offrait de son côté d'exécuter le contrat suivant sa teneur, les signataires ne pourraient non plus se refuser à l'exécuter (1).

73. Et si l'acte ne contenait qu'une obligation purement unilatérale, comme un emprunt, une reconnaissance de dette, une simple promesse de payer telle somme pour une cause préexistante, il ne serait

(1) *Facit lex* 64, ff. *de contrah. empt.*

pas moins obligatoire pour le débiteur ou pour ceux des débiteurs, solidaires ou non, qui l'auraient signé, quoique le créancier ne l'eût pas signé, ne sachant ou ne pouvant le faire; car la signature de celui qui n'est obligé à rien n'est pas nécessaire dans les actes sous seing-privé : ces actes, tels que les billets, les simples promesses et les reconnaissances de dettes, ne sont même jamais signés par le créancier; or, celui dont il s'agit a force d'écriture privée.

Il est vrai que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI paraît exiger indistinctement que l'acte ait été signé par *toutes les parties*, pour qu'il puisse valoir comme écriture privée, et que l'art. 1318 du Code dit *s'il a été signé des parties ;* mais ce sont des expressions générales, employées pour dire que celui qui n'a pas signé l'acte n'est point obligé, et par conséquent que si la convention est synallagmatique, il est nécessaire que l'acte soit signé de toutes les parties, attendu que, dans les conventions de cette sorte, la cause de l'obligation de l'un des contractans, c'est l'obligation de l'autre : d'où il suit que lorsque l'un d'eux n'est point lié, l'autre ne saurait l'être, puisque son obligation n'a plus de cause. Cette interprétation est confirmée par cet art. 68, où le mot *contractantes* est ajouté aux mots *de toutes les parties*, comme pour dire *de toutes les parties contractant des obligations ;* or, dans le cas d'un prêt, par exemple, il n'y a qu'une seule partie d'obligée, celle qui a reçu les deniers, et qui l'est par le fait seul qu'elle les a reçus, *re tantùm*,

quand même il n'y aurait point d'acte du tout, l'acte n'étant ici que pour la preuve seulement. Il suffit donc que cette partie l'ait signé.

Et si l'on objectait que l'acte n'étant pas écrit de la main de la partie obligée, et ne contenant pas non plus un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise, l'art. 1326 s'opposerait à sa validité, nous répondrions que cet article, pas plus que l'art. 1325, n'est applicable aux actes dont il s'agit; car s'il s'appliquait aux actes nuls comme actes authentiques pour cause d'incompétence de l'officier qui a instrumenté hors de son ressort, ou pour incapacité ou vice de forme, il faudrait dire aussi, par voie de conséquence, que l'acte serait nul même comme écriture privée, quoiqu'il fût d'ailleurs revêtu de la signature de toutes les parties, puisque cette circonstance ne ferait pas que la disposition de cet article 1326 eût été observée. Mais alors celle de l'art. 1318 deviendrait sans application pour les obligations unilatérales; ce qui ne peut pas être soutenu sérieusement.

74. Mais dans le second cas d'incompétence que nous avons prévu plus haut, par exemple si deux personnes s'obligeaient réciproquement, ou bien même l'une d'elles seulement, par un acte passé devant un fonctionnaire de l'ordre administratif, tel qu'un préfet, un sous-préfet, un maire; ou bien devant un juge de paix ne procédant point en con-

ciliation ou en vertu de prorogation de juridiction; ou par un acte qu'elles feraient recevoir par un huissier ou un commissaire de police, etc. etc., il est clair qu'un pareil acte ne serait point affranchi des conditions voulues par les articles 1325 et 1326 (selon qu'il contiendrait des obligations synallagmatiques ou unilatérales), quand bien même il serait signé de toutes les parties; car ce n'est pas l'incompétence de cette sorte que le législateur a eue en vue dans l'art. 68 de la loi sur le notariat, et dans l'art. 1318 du Code, qui en a reproduit la disposition : il a eu en vue l'incompétence résultant de ce qu'un notaire recevrait un acte hors de son ressort, contrairement à l'art. 6 de la même loi. Cette loi ne s'occupe en effet que des actes reçus par les notaires, dont l'art. 1er détermine les attributions; les autres fonctionnaires ne sont point des officiers publics quant aux actes du ministère des notaires : ils n'ont aucun caractère relativement à ces actes; celui qu'ils ont rédigé, écrit, n'a point pour cela été *reçu* par eux dans le sens que la loi attache à ce mot, quoiqu'ils y eussent spécifié leur qualité : cet acte est absolument un acte privé, qui, à ce titre, était soumis aux règles qui régissent les actes sous signature privée, et qui, par conséquent est nul, si elles n'ont pas été observées.

75. Quant à l'incapacité de l'officier public, nous avons dit qu'elle peut exister dans deux cas : celui où l'officier a obtenu sa nomination par

fraude et subreption, et celui où il était suspendu, interdit ou destitué au moment de l'acte.

Les actes reçus antérieurement à la notification de la suspension, interdiction ou destitution de l'officier public, quoique déja prononcée, sont valables comme actes authentiques, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, par arrêt du 25 novembre 1813 (1), à l'égard des significations faites par un huissier dont l'interdiction avait été prononcée, mais non encore notifiée à l'huissier au moment des actes. Et la raison est absolument la même pour les actes reçus par un notaire.

76. Mais quant aux actes reçus par un notaire depuis la notification à lui faite de sa suspension, interdiction ou destitution, les articles 68 de la loi de ventôse an XI, et 1318 du Code civil, leur sont applicables quand bien même les parties qui ont traité devant lui auraient ignoré son incapacité; ce qui n'est pas impossible, surtout dans une grande ville, si la notification n'avait eu lieu que depuis bien peu de temps quand l'acte a été reçu, par exemple si elle avait eu lieu seulement la veille; mais il faut bien que la loi reçoive son exécution. D'ailleurs, au moyen de la publicité donnée à la décision portant la suspension ou la destitution de l'officier public, des dispositions pénales qui lui seraient applicables, et des dom-

(1) Sirey, 1814-1-76.

mages-intérêts dont il serait passible envers les parties, l'abus est peu à craindre.

77. On peut donner pour exemple de l'autre cas d'incapacité de l'officier public, celui d'un individu condamné à une peine qui lui ôtait l'exercice des fonctions publiques, et qui a néanmoins été nommé par surprise et manœuvres employées pour tromper l'autorité, qui ignorait son état. On peut aussi supposer le cas d'un individu qui, ayant moins de vingt-cinq ans, âge requis par l'art. 35 de la loi du 25 ventôse an XI pour être nommé aux fonctions de notaire, a obtenu sa nomination en produisant un acte de naissance de l'un de ses frères, ou de ses parens de même nom, en trompant aussi de la sorte l'autorité.

Dans ces deux cas il y a évidemment incapacité, si l'on considère la nomination; mais les actes reçus par ces individus en qualité de notaires seront-ils nuls comme actes authentiques? Non assurément; ils seront valables s'ils ne sont nuls pour autre cause, attendu que l'erreur publique et commune confirme, dans l'intérêt de la société, les actes faits en vertu de pouvoirs irréguliers que l'autorité a mal à propos conférés. Les citoyens ne sauraient devenir victimes de son erreur ou de sa faute; de là cette maxime si connue : *error communis facit jus.*, maxime que les docteurs ont déduite de la célèbre loi *Barbarius Philippus*, 3, ff. *de officio Prætorum*, où l'on voit qu'un esclave

fugitif, de ce nom, qui se faisait passer pour homme libre, et que l'on croyait effectivement de condition libre, obtint à Rome la préture, et en exerça les fonctions. Le jurisconsulte Ulpien dit clairement que cet homme n'a jamais été véritablement Préteur, de même que Valérius III a écrit que M. Perpenna, étranger de naissance, et qui néanmoins avait obtenu le consulat, n'était point Consul, qu'il n'en avait que le nom : *calliginis simile imperium et adumbratum nomen.* Cependant tous les jugemens rendus par ce faux Préteur, tous les actes de sa juridiction, furent maintenus, par le motif tiré de la bonne foi des parties et de l'utilité générale : *propter eorum utilitatem qui apud eum egerunt, et vel otii et quietis causâ, ut M. Tullius ad Atticum scribit.* Cujas, *Observ., lib. XVIII, cap.* 33.

Les lettres de nomination d'un fonctionnaire public ne peuvent être vérifiées par les parties, et d'ailleurs la subreption ne s'y montre point. Il n'est donc aucun moyen de s'assurer du choix fait par l'autorité. Le serment prêté par celui qui a obtenu sa nomination prouve au public qu'il a rempli toutes les formalités requises par la loi pour être élu ; aussi ne voyons-nous pas que l'art. 68 de la loi du 5 ventôse an XI ait attaché la nullité aux actes reçus par des officiers nommés au mépris de la disposition de l'art. 35, comme il l'a fait pour contravention à celle des art. 6 et 52, qui traitent de cas où le notaire était incompétent ou incapa-

ble pour d'autres causes. L'arrêt de la Cour de cassation cité plus haut confirmerait cette doctrine, si elle pouvait être douteuse un seul instant.

C'est d'après ces principes que Grotius, *de Jure belli ac pacis, lib.* I, *cap.* 4, § 15, enseigne que les jugemens rendus ou les actes reçus par des juges ou des officiers nommés par une autorité usurpatrice, dans des temps de troubles et d'anarchie, doivent être maintenus, encore que ces nominations ne soient pas confirmées dans la suite par l'autorité légitime rétablie.

78. Au surplus, quand bien même l'acte nul comme acte authentique le serait aussi comme acte sous seing-privé, faute d'avoir été signé des parties, si l'obligation existe par elle-même, elle n'en devra pas moins être exécutée, si elle est prouvée par les autres moyens établis par la loi. Ainsi, dans le cas d'un prêt, comme c'est la numération des espèces qui fait naître l'obligation, si le prêteur justifie du prêt par d'autres voies que par l'acte, l'emprunteur devra être condamné à la restitution de la somme à lui comptée : le serment pourra lui être déféré, le créancier pourra aussi le faire interroger sur le fait du prêt, et l'aveu l'établira tout aussi parfaitement que le ferait un acte valable ; et si la somme n'excède pas 150 francs, la preuve par témoins sera pareillement admissible. Il faut en dire autant des cas où le débiteur s'était obligé à raison d'une cause

déja existante, par exemple pour avoir touché pour le créancier certaine somme dans la gestion de ses affaires : le créancier, en prouvant la dette de l'une de ces manières, en cas de contestation, en obtiendra pareillement le paiement.

79. Il n'y a aucune difficulté sur ces cas; il ne saurait y en avoir que dans ceux où l'obligation naît du consentement, comme dans les ventes, les baux, les échanges, et que l'acte, nul même comme acte sous signature privée, n'a été ni exécuté ni autrement confirmé.

En principe, les seules conditions requises pour la validité des conventions sont le consentement des parties, la capacité de celle qui s'oblige, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, et une cause licite de l'obligation (art. 1108); et le consentement peut être donné aussi bien verbalement que par écrit : les actes, en général, ne sont exigés que pour la preuve de l'obligation; ce n'est même que sous ce rapport qu'on les considère au chapitre VI de ce titre du Code, intitulé *de la preuve des obligations, et de celle du paiement.* Si dans quelques cas, comme ceux de donation entre-vifs, les conventions d'hypothèque, les contrats de mariage, la loi exige des actes authentiques pour la validité de la convention elle-même, ce sont là des cas d'exception; mais, en principe, les actes ne sont point requis pour la formation du contrat, pour la perfection du consentement; ils ne le sont

que pour la preuve, et c'est sous ce point de vue qu'ils sont prescrits par l'article 1341 lui-même, quand il dit qu'il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 150 francs; car c'est pour établir que la preuve testimoniale ne sera pas admise, en principe, au delà de cette somme.

D'un autre côté, il est certain aussi que lorsque les parties ont entendu ne traiter que par écrit, *in scriptis*, et suspendre ainsi leur consentement jusqu'à la rédaction complète et parfaite d'un acte, il n'y a point de contrat tant que cet acte n'est point rédigé et signé : jusque là il n'y a qu'un projet, dont chacune d'elles peut se départir. C'est ce qui est décidé formellement pour les ventes, louages, sociétés et transactions, par la constitution de Justinien, ou loi 17 au Code, *de fide instrumentorum*, reproduite dans ses Institutes, au titre *de emptione et venditione*, et dont nous avons parlé au tome X, n° 84 et suivans : où nous distinguons, d'après les circonstances de la cause, les cas où les parties sont censées n'avoir voulu traiter que par écrit, *in scriptis*, et celui où elles n'ont voulu un acte que pour la preuve seulement de leur convention. Or, lorsque l'acte qu'elles ont fait est nul, comme dans l'espèce, c'est comme s'il n'existait pas.

Cependant la difficulté n'est point encore résolue; car, de ce que les parties ont fait un acte, s'ensuit-il qu'elles n'aient voulu traiter que par écrit? Non certainement : nous l'avons démontré à l'en-

droit précité, d'après les autorités les plus graves; par conséquent, si elles n'ont point entendu traiter seulement par l'acte qu'elles ont fait, cet acte qui n'a eu lieu uniquement que pour la preuve de leur convention, ne saurait, parce qu'il est nul, annuler la convention elle-même : cela serait absurde. Tout ce qu'on peut inférer de sa nullité, c'est qu'il doit être écarté de la cause, comme ne prouvant pas l'engagement; mais si la preuve peut en être administrée d'une autre manière, soit par l'aveu du défendeur, soit par son refus de prêter le serment décisoire, cette convention doit recevoir son exécution.

En sorte que tout se réduit en définitive à ceci : les parties ont-elles voulu ne traiter que par écrit, *in scriptis*, entendant suspendre leur consentement jusqu'à la rédaction d'un acte parfait; ou bien n'ont-elles voulu un acte et n'ont-elles passé cet acte que pour la preuve seulement de leur convention, étant d'ailleurs parfaitement d'accord sur toutes les clauses du contrat, se regardant comme liées l'une et l'autre? Dans le premier cas, la convention, comme incomplète, comme imparfaite, est sans effet; dans le second, l'acte seulement est nul, et la convention est valable; et si elle est avouée par le défendeur, ou si celui-ci refuse de prêter le serment, il doit être condamné à l'exécuter. Mais son serment, comme son aveu, doit être pris en son entier, sans le diviser.

Supposez, en effet, que les parties aient fait d'abord un acte sous signature privée, comme cela a

lieu souvent, et qu'en passant ensuite un acte authentique, elles aient détruit l'acte sous seing-privé, qu'elles regardaient alors comme inutile, et que cet acte authentique soit nul même comme écriture sous-signature privée, parce qu'il n'a pas été signé de toutes les parties : leur convention elle-même doit-elle être nulle aussi quoiqu'elle fût avouée? Mais a-t-on entendu l'annuler en passant l'acte authentique? bien loin de là; et ce qui devait assurer plus pleinement les effets du contrat, doit-il tourner à sa destruction? Nous ne saurions le penser.

Nous aurons encore à discuter cette importante question à l'égard des actes sous seing-privé contenant des conventions synallagmatiques, et qui ne réuniraient pas les conditions prescrites par l'article 1325.

Art. IV.

De l'effet de l'acte authentique, de la plainte en faux, et de l'inscription de faux.

80. La loi ayant institué des officiers pour recevoir les actes et leur imprimer le caractère de l'authenticité, il résulte de là que l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme, entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause. (Art. 1319.)

81. Il fait également foi à l'égard des tiers, non pas à l'effet de les obliger, car les conventions n'obligent que les parties contractantes et leurs

héritiers (1165), mais en ce sens qu'il prouve l'existence même de la convention, *rem ipsam*, comme disent les auteurs. Il sert de base à la prescription de dix et vingt ans, s'il n'est point nul par vice de forme, et si d'ailleurs l'acquéreur est de bonne foi : il est la preuve du juste titre, *seu justa causa possidendi*, requis pour pouvoir acquérir la propriété par le moyen de cette prescription. (Article 2265 et suiv.)

De là, si j'ai acheté de Paul, de bonne foi, un immeuble appartenant à Philippe, et que par moi ou par Paul j'aie possédé cet immeuble le temps suffisant pour cette prescription au moment où Philippe vient former contre moi sa demande en revendication, je lui opposerai mon titre d'achat, qui est prouvé par l'acte que j'ai passé avec Paul; et en justifiant de la possession pendant le temps voulu par la loi pour la prescription fondée sur un titre, j'écarterai sa demande, sauf à lui son recours, s'il y a lieu, contre celui qui a disposé de sa chose sans son aveu. Comme c'est de la loi que je tire le bénéfice de la prescription, l'acte dont il s'agit est seulement la preuve de l'une des conditions exigées par elle pour que cette prescription s'opère : s'il a effet contre Philippe, ce n'est qu'indirectement, et non pour lui imposer aucune obligation personnelle quelconque.

82. Dans les anciens principes, l'acte authentique faisait pleine foi de ce qu'il contenait, entre

les parties et leurs héritiers, nonobstant la plainte en faux et la mise en jugement de l'accusé de faux. Cette jurisprudence, dont le principe était puisé dans la loi 2, au Code, *ad legem Corneliam de falsis*, était fondée sur ce que le crime ne se présume pas, et sur le danger de laisser au pouvoir des débiteurs de mauvaise foi d'arrêter pendant long-temps le paiement des dettes les plus légitimes par des accusations de faux. Aussi Dumoulin (1) décidait-il qu'un port-de-foi produit par le vassal, quoique argué de faux par le seigneur, procurait la main-levée, par provision, de la saisie féodale.

83. Mais le Code n'a pas adopté des principes aussi absolus : il a concilié la foi due aux actes authentiques avec cette maxime de sagesse, qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'être ensuite obligé de le réparer, ce qui n'est pas toujours possible : « Néanmoins, ajoute l'art. 1319, en cas de « plainte en faux principal, l'exécution de l'acte « argué de faux sera suspendue par la mise en ac- « cusation; et en cas d'inscription de faux faite « incidemment, les tribunaux pourront, suivant « les circonstances, suspendre provisoirement l'exé- « cution de l'acte. »

Ainsi, la seule plainte en faux ne suffit point pour ôter à l'acte authentique la foi qui lui est due; c'eût été mettre dans la main des débiteurs de mau-

(1) *In consuetud. Paris.*, § 1, glos. 4, n° 41.

vaise foi un moyen trop facile de se dispenser pendant un temps plus ou moins long de remplir leurs engagemens; cela eût fait naître une multitude de plaintes en faux sans aucun fondement, et eût ébranlé la confiance due aux actes reçus par les officiers publics : la présomption est toujours en faveur de la vérité de l'acte fait dans la forme authentique, nonobstant la plainte en faux. L'exécution de l'acte ne serait point suspendue par la seule plainte en faux, quand bien même la partie qui l'a formée offrirait caution. Mais cette présomption elle-même, quelque grave qu'elle soit, cède à une présomption plus grave encore, celle qui résulte de la mise en accusation de l'inculpé de faux, qui le renvoie devant la Cour d'assises pour y être jugé sur le faux à lui imputé : alors il ne pourrait lui-même obtenir l'exécution de l'acte en offrant caution; la loi en prononce provisoirement la suspension.

84. L'exécution de l'acte authentique n'est point non plus suspendue par la plainte de dol ou de fraude, quelle que soit la gravité de la présomption, et même des preuves invoquées ou offertes (1).

Il en est de même, et par les mêmes motifs, des cas où l'acte est attaqué pour cause de violence ou autres vices intrinsèques.

---

(1) *Voyez* l'arrêt de cassation du 23 brumaire an XIII. Sirey, tome 5, part. 2, p. 58.

85. D'un autre côté, ce n'est pas par la voie de l'inscription de faux, même incident, mais par la voie de nullité ou de rescision, qu'une partie est obligée d'attaquer l'acte infecté de ces vices, si elle croit devoir l'attaquer; car alors ce n'est pas comme faux qu'elle l'attaque, c'est comme renfermant une convention nulle ; ce n'est même pas l'acte qu'elle combat, c'est l'obligation qu'il renferme (1).

86. La plainte en faux est une dénonciation faite à la justice par une personne qui prétend qu'un acte a été fabriqué ou falsifié à son préjudice, pour en obtenir la suppression, ou celle des falsifications.

Le faux en écriture authentique se commet, soit par la fabrication d'un acte renfermant des conventions qui n'ont pas eu lieu, soit dans un acte convenu, lorsque l'officier public y insère autre chose que ce qui a été déclaré par les parties, ou altère leurs déclarations, soit enfin lorsque l'une d'elles y a pris de faux noms ou de fausses qualités.

L'altération matérielle ou la falsification d'un acte a lieu après coup, lorsque l'acte a été fait valablement et régulièrement dès le principe, et que l'on y a fait ensuite des changemens non autorisés.

Voyez à cet égard les articles 145 et suivans du Code pénal.

87. Mais comme les actes publics ne sont pas

(1) *Voyez* aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1816. Sirey, 1817-1-447.

exécutés sur la minute, qui reste entre les mains du notaire, qu'ils ne le sont que sur les grosses ou premières expéditions, c'est-à-dire sur les copies revêtues de l'intitulé des lois et terminées par le mandement d'exécution adressé aux officiers de justice, celui qui est poursuivi peut, en vertu de l'article 1334, exiger la représentation du titre original, par lequel il s'est obligé. Et si c'est ce titre lui-même qui est faux ou falsifié, l'inscription de faux portera sur lui principalement; si c'est au contraire dans la grosse ou première expédition que la falsification a été commise, l'inscription portera uniquement sur cette expédition.

Mais comme c'est un acte authentique, elle fait foi jusqu'à inscription de faux principal suivie de la mise en accusation, sauf au tribunal, en cas d'inscription de faux incident, à suspendre provisoirement l'exécution de l'acte; car, de ce que la représentation du titre original peut toujours être exigée, tant qu'il subsiste, il ne faut pas croire qu'il n'y aurait pas faux qualifié et punissable d'après les lois criminelles, dans une grosse ou expédition faussement et méchamment tirée d'un titre original véritable. D'abord, cette grosse, en cas de perte de l'original, ferait foi (art. 1335-1°); elle peut donc dès lors préjudicier grandement à l'une des parties, même à des tiers, dans certains cas. En second lieu, dans l'hypothèse même où le titre original ne serait point perdu, le débiteur doit naturellement croire que la grosse lui est conforme; il ne doit pas soup-

çonner le crime dans un officier public, et en conséquence s'il exécute sur le vu de la grosse falsifiée, il éprouve un préjudice. Cette grosse étant la base de l'action de l'autre partie, puisque c'est sur elle que se font les poursuites judiciaires, il est vrai de dire que si elle est falsifiée, il y a crime de faux avec toutes ses conséquences.

88. Il en serait autrement si l'altération ne portait ni sur la minute ni sur l'expédition, mais simplement sur une *copie* de l'expédition, encore que cette expédition fût la première ou la grosse : notamment l'altération commise dans la copie d'un titre cédé, mise en tête de la notification de la cession au débiteur, avec commandement de payer fait par le cessionnaire, ne constitue pas le crime de faux dans le sens des lois pénales. La Cour d'assises de l'Isère avait jugé le contraire, en condamnant, par application de l'article 148 du Code pénal, aux travaux forcés à temps, un individu déclaré coupable de ce fait ; mais sa décision a été cassée, par arrêt du 2 septembre 1813 (1), sur les motifs suivans : « La Cour, vu l'art. 410 du Code « d'instruction crimiminelle, duquel il résulte que « la Cour doit annuler les arrêts qui ont faussement « appliqué la loi pénale ;

« Vu aussi les articles 147 et 148 du Code pénal « de 1810, et les articles 41 et 45 du Code pénal

(1) Sirey, 13-1-427.

« de 1791, qui déterminent le caractère et la peine « du faux;

« Attendu que le faux prévu par l'article 147 du « Code pénal suppose l'altération *d'un acte qui* « *pourrait être la base d'une action ou d'un droit;* « que le crime d'usage d'une pièce fausse suppose les « mêmes élémens d'action ou de droit dans la « pièce dont il a été fait usage;

« Et attendu que, dans l'espèce, l'altération a eu « lieu, non *dans une minute, ni dans une expé-* « *dition d'acte public*, *mais dans la copie d'un* « *acte écrit en tête d'un exploit du ministère d'huis-* « *sier portant notification et commandement;* que « cette copie ne pouvait être le principe de l'exer- « cice d'aucun droit; que l'action qui résultait de « l'acte auquel elle se référait ne pouvait être exer- « cée que *d'après la minute ou l'expédition de cet* « *acte* (art. 1334 du Code civil); que l'usage de la « pièce altérée sur lequel il a été délibéré par le « jury ne pouvait donc constituer le fait prévu par « l'art. 151 du Code pénal, ni donner lieu à appli- « quer une disposition pénale : par ces motifs, la « Cour casse, etc. »

89. Comme on l'a dit plus haut, il y a deux sortes d'inscriptions de faux, ou deux manières d'attaquer un acte pour cause de faux ou de falsification : la plainte en faux, qui se porte devant les tribunaux criminels, et qu'on appelle ordinairement in-

scription en faux principal; et l'inscription de faux incident, ou faux civil.

Dans le premier cas, c'est l'auteur du faux et ses complices qui sont poursuivis, ce qui suppose qu'ils sont vivans, et que la poursuite criminelle n'est pas encore éteinte par la prescription. (Art. 239, Cod. de procéd.)

Dans le second cas, c'est l'acte lui même qui est attaqué, c'est à lui que le procès est fait, lorsqu'il a été signifié, communiqué ou produit dans une instance (art. 214, *ibid.*); sauf aux tribunaux, s'il y a des indices de faux, que les auteurs ou complices de faux soient vivans, et que la poursuite criminelle ne soit pas éteinte par la prescription, à se conformer aux dispositions de l'article 239 précité.

90. La plainte en faux principal peut avoir lieu même avant que l'auteur du faux ait fait usage de l'acte. Par exemple si j'apprends que, de concert avec un notaire, il a été fait par son ministère un acte par lequel je suis déclaré devoir à Paul telle somme, pour prêt ou autre cause, ou lui avoir vendu tel immeuble, je puis porter de suite ma plainte en faux, et j'ai intérêt à le faire au plus tôt, parce que les preuves du faux pourraient venir à s'affaiblir avec le temps, et que si je venais à mourir, mes héritiers pourraient exécuter l'acte dans l'ignorance qu'il est faux, ou avoir moins de moyens

et de preuves que moi pour établir le faux.

Que si Paul, après avoir levé la grosse de l'acte, fait saisir mes biens pour être payé du prétendu prêt, ou forme demande contre moi en justice pour obtenir la délivrance de l'immeuble, je puis également porter plainte en faux, afin que par sa mise en accusation, si elle est prononcée, l'exécution de l'acte soit suspendue provisoirement, et que l'acte lui-même soit ensuite anéanti sur mes conclusions civiles, si l'accusé est déclaré coupable.

Mais il faut remarquer que, dans le cas du prétendu prêt et de la saisie de mes biens, je ne puis, pour faire suspendre l'exécution de l'acte, me borner à former une simple inscription de faux incident, puisque l'acte n'a été ni signifié ni communiqué ni produit *dans le cours d'une procédure*, ce qui est nécessaire, d'après l'art. 214 du Code de procédure, pour qu'il puisse y avoir lieu à une inscription de faux incident civil; car il ne peut y avoir de demande *incidente* que là où il y a une demande principale de formée, et le faux incident est une demande incidente. Or, la saisie a été faite en vertu d'un titre en forme exécutoire, parce que l'acte et l'obligation qu'il renfermait en apparence, réunissaient les conditions requises par l'art. 551 du même Code pour les saisies mobilières ou immobilières.

Au lieu que dans le cas de la prétendue vente et de la demande en délivrance de l'immeuble, j'au-

rais pu me borner à former une inscription de faux incident civil, quoique l'acte ait été produit par Paul lui-même : seulement le tribunal saisi de la demande en délivrance aurait eu le pouvoir de suspendre ou non provisoirement l'exécution de l'acte, conformément à l'art. 1319 du Code civil, et sauf aussi, s'il y avait eu lieu, l'application de l'art. 239 du Code de procédure. Cet article suppose, en effet, qu'une inscription de faux incident civil a été formée et reçue, et que le crime n'est point éteint par la mort de l'auteur du faux et de ses complices, ni par la prescription de la poursuite criminelle.

Enfin, après avoir formé une inscription de faux incident civil, la partie peut encore porter plainte en faux devantles tribunaux criminels. L'art. 250 du même Code porte que le demandeur en faux *pourra toujours* se pourvoir par la voie criminelle en faux principal, et que, dans ce cas, il sera sursis au jugement de la cause, à moins que les juges n'estiment que le procès puisse être jugé indépendamment de la pièce arguée de faux.

La plainte en faux pourrait même être formée quoiqu'il fût intervenu jugement passé en force de chose jugée qui aurait rejeté l'inscription de faux incident. Le jugement au civil ne lie point le criminel, si ce n'est en certains cas, comme ceux où il est essentiellement préjudiciel : par exemple lorsque j'accuse un individu d'avoir volé ou coupé du bois sur mon fonds, qu'il prétend pour sa défense que ce fonds lui appartient, et que les tribunaux civils, devant lesquels

la question de propriété a été renvoyée, l'ont résolue en sa faveur; ce qui est par conséquent destructif de l'accusation de vol. Mais le cas d'inscription de faux incident civil est bien différent : les moyens de découvrir le faux sont bien plus efficaces au criminel qu'au civil; on n'a jugé que la pièce au civil, et au criminel l'on jugera celui à qui elle est attribuée. Le demandeur en faux peut *toujours* se pourvoir par la voie criminelle, dit l'art. 250 précité.

Et lorsque, en conformité de cet article, le demandeur en faux incident civil a porté plainte en faux principal au criminel, et que les juges usent de la faculté qui leur est accordée de juger le procès indépendamment de la pièce arguée de faux, ils ne peuvent le faire qu'après avoir statué sur la pertinence des moyens de faux, mais sans pouvoir eux-mêmes procéder à la preuve de ces moyens; à la différence du cas où l'inscription reste dans les bornes du simple faux incident (1).

91. Au surplus, cet article 250 se coordonne avec l'article 239, qui, ainsi que nous l'avons déja dit, exige, pour qu'il y ait lieu à une poursuite criminelle, que les auteurs du faux, ou les complices, soient encore vivans, et que l'action publique ne soit pas éteinte par la prescription, d'après les dispositions des lois criminelles.

---

(1) *Voyez* aux *Questions de droit* de M. Merlin, v° *Inscription de faux*, plusieurs arrêts de la Cour de cassation qui ont jugé en ce sens.

Dans le cas de mort du coupable, l'action civile ayant lieu contre ses héritiers, aux termes de l'art. 2 du Code d'instruction criminelle, il est clair que l'on peut poursuivre contre eux l'anéantissement de l'acte, soit par la voie de l'inscription de faux incident civil, s'ils le produisaient dans une instance, soit par action principale, dans le cas contraire.

Et s'ils en connaissaient la fausseté lorsqu'ils en feraient usage, ils seraient par cela même assimilés aux coupables de faux, et punissables comme tels. (Art. 148 et 151, Cod. pénal.)

92. Le cas de prescription présente plus de difficulté : aussi, quelques explications sont-elles nécessaires.

D'après le *Code des délits et des peines*, du 3 brumaire an IV, sous l'empire duquel a été promulgué le Code de procédure, il y avait prescription pour les actions auxquelles donnaient lieu les crimes (par conséquent pour le cas de faux), lorsque dans les trois ans, à compter du jour où *l'existence du délit avait été reconnue et légalement constatée* (1), il n'avait été fait aucune poursuite (art 9). Après

(1) Mais il est bien évident que, quoique en général, un *crime de faux* ne puisse *être reconnu et légalement constaté* que par une instruction approfondie, suivie d'un jugement, on n'exigeait néanmoins pas, pour point de départ à la prescription de l'action publique, que cette action elle-même fût intenté et épuisée; autrement c'eût été rendre la prescription de l'action publique impossible en cette matière, tandis que l'art. 239 du Code de procédure l'a formellement re-

ce temps, il ne pouvait être intenté aucune action ni publique ni civile (*ibid.*). Et quand des poursuites avaient été commencées dans les trois ans, et qu'elles n'avaient pas été suivies d'un jugement de condamnation rendu dans les six ans du jour où l'existence du délit avait été reconnue et légalement constatée, l'action publique et l'action civile étaient également éteintes par la prescription (article 10). Après ce temps, nul ne pouvait être recherché, soit au criminel, soit au civil, si dans l'intervalle il n'avait pas été condamné par un jugement par défaut ou par contumace (*ibid.*).

Le Code d'instruction criminelle actuel a changé ces règles. Suivant l'article 637 de ce Code, l'action publique et l'action civile pour un crime de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante (par conséquent pour le crime de faux), sont prescrites après dix années à compter du jour où le crime a été commis, si dans l'intervalle il n'a été fait aucun acte de poursuite ou d'instruction; s'il en a été fait, après le même temps à compter du dernier acte, même à l'égard des personnes qui n'ont point été impliquées dans cet acte de poursuite ou d'instruction.

---

connue, et que le Code de brumaire lui-même n'avait pas entendu faire d'exception pour ce genre de crime. *La reconnaissance et la constatation légale du délit* pouvait donc résulter, comme dans les autres cas, des plaintes portées par les parties lésées, et des actes judiciaires auxquels ces plaintes avaient donné lieu, ainsi que des procès-verbaux et actes des officiers chargés de la police judiciaire: on constatait ainsi le *fait dénoncé*.

Il va sans difficulté que l'action criminelle et l'action civile soient prescrites après dix ans depuis le jour où le faux a été commis, s'il n'a pas été fait et s'il n'est pas fait dans la suite usage de l'acte faux, et s'il n'y a eu d'ailleurs aucun acte de poursuite ou d'instruction.

Mais s'il a été fait usage de l'acte faux, le temps de la prescription n'a pas couru, à l'égard de l'auteur du faux, ou de tout autre qui a fait usage de l'acte sachant qu'il était faux, du jour où il a été fabriqué ou altéré ; ce temps a couru du jour seulement où il a été fait usage de l'acte ; car, faire usage d'un acte faux sachant qu'il est faux, c'est une action que les lois assimilent au fait de faux, et qu'elles punissent comme un faux. (Art. 148 et 151, Cod. pénal.)

Si, à l'égard d'un individu qui n'a point participé à la fabrication ou à l'altération de l'acte faux, mais qui en a néanmoins fait ensuite usage connaissant le faux, le temps de la prescription ne commence évidemment à courir que du jour où il s'est rendu coupable ; par une raison au moins égale, ce temps ne peut commencer à courir, à l'égard de l'auteur du faux qui a fait usage de l'acte faux, qu'à compter du jour où il a fait cet usage, fût-ce même après les dix ans depuis l'acte, puisque, indépendamment du crime d'avoir fabriqué un acte faux, il a commis un autre crime en faisant usage de l'acte ; il y a eu succession de faits criminels. S'il n'en était ainsi, un faussaire, pour s'assurer l'impunité de son crime, ne ferait usage de l'acte qu'il serait allé

fabriquer au loin, en corrompant un officier public, qu'après dix ans depuis la fabrication du faux : jusque là il tiendrait l'acte secret pour parvenir plus sûrement à ses fins criminelles.

Il faut même tenir pour certain que si les héritiers du faussaire faisaient usage de l'acte sachant qu'il est faux, quoique ce fût après les dix ans depuis sa fabrication, ils seraient passibles aussi de l'action criminelle et de l'action civile tout comme l'était leur auteur; autrement un faussaire procurerait à ses héritiers le moyen facile de s'assurer l'impunité dans leur tentative de dépouiller autrui; ils n'auraient aussi qu'à tenir l'acte secret jusqu'à ce que les dix ans depuis que le faux a été fabriqué se fussent écoulés.

Ce danger n'eût pu que bien difficilement se présenter sous le Code *des délits et des peines*, puisque la prescription de l'action publique et de l'action civile en réparation du dommage causé par le délit, ne commençait à courir, pour le cas de faux comme pour les autres crimes, *qu'à compter du jour où l'existence du délit avait été reconnue et légalement constatée ;* mais dans l'état actuel de la législation, il existerait dans toute sa force, si, dans le cas où il serait fait usage de l'acte faux par le faussaire, ou par ses héritiers qui connaîtraient le faux, le temps de la prescription commençait à courir à leur profit du jour où l'acte a été fabriqué ou falsifié, car il n'y aurait pas d'acte de poursuite ou d'instruction à raison d'un acte, dont ils laisse-

raient ignorer l'existence tant que les dix ans depuis sa date ne seraient pas écoulés; et c'est ce que la raison ne permet pas d'admettre.

Il faut dire, au contraire, que la prescription, tant de l'action criminelle que de l'action civile résultant du délit, ne commencera son cours pour le faussaire, ou pour tout autre qui aura fait usage de l'acte sachant qu'il était faux, qu'à compter du jour où ils en auront fait usage, quoique ce fût après les dix ans depuis la fabrication ou la falsification de l'acte, non suivis de poursuite ou d'acte d'instruction, attendu que c'est là un nouveau crime.

Et dans le cas même où il y aurait plus de dix ans que le faussaire ou son héritier aurait fait usage de l'acte, si la partie lésée n'en a pas eu connaissance, par exemple parce que c'était une fausse obligation dont le faussaire ou son héritier a fait cession à un tiers, qui ignorait le faux, cette partie pourrait encore demander la nullité de l'acte et son anéantissement, soit par la voie de l'inscription du faux incident civil, s'il était produit contre elle dans une procédure, soit par action principale, dans le cas contraire; attendu qu'il y a évidemment dol dans le cas de faux, et que lorsqu'un acte est attaqué pour cause de dol, le délai pour agir en nullité ne commence à courir, d'après l'article 1304 du Code civil, qu'à compter du jour où le dol a été découvert. Or, le faussaire n'a pas pu transmettre des droits qu'il n'avait pas; on ne peut pas

non plus reprocher à la partie de n'avoir pas attaqué plus tôt un acte qu'elle ne connaissait point, ainsi que nous le supposons en fait.

Mais, dira-t-on, l'article 239 du Code de procédure suppose bien qu'il a été fait usage de l'acte faux, puisqu'une inscription de faux incident civil a été formée et reçue, et cependant il suppose aussi que l'action publique et l'action civile sont éteintes par la prescription opérée d'après les lois criminelles, car ce n'est que par hypothèse qu'il prévoit le cas contraire; donc il n'est pas vrai de dire que la prescription ne court que du jour seulement où il a été fait usage de l'acte argué de faux, puisqu'il n'y aurait alors point de prescription possible, tandis que l'article suppose qu'elle peut être accomplie.

A cela nous répondrons que cet article ne suppose pas nécessairement que c'est l'auteur de l'acte argué de faux, ou tout autre connaissant le faux, qui l'a produit, signifié ou communiqué dans le cours de la procédure; c'est peut-être un tiers, tel qu'un cessionnaire ou un acheteur, qui ignorait complètement le faux, et, dans cette hypothèse, il est possible que le crime soit effectivement éteint, soit par la mort de l'auteur du faux et de ses complices, soit par la prescription de la poursuite criminelle, comme dit ce même article. L'action criminelle serait en effet éteinte par la prescription, s'il s'était écoulé dix années, sans poursuites, depuis que l'auteur de l'acte argué de faux en aurait fai

usage. Il est possible aussi que le crime ne soit éteint ni par l'une ni par l'autre de ces causes, soit que l'acte ait été produit par un tiers, étranger au faux et qui n'en avait pas connaissance, soit par l'auteur de l'acte lui-même ou son héritier, ou tout autre qui connaissait le faux : auquel cas le président du tribunal saisi de l'inscription de faux incident, décerne mandat d'amener contre ceux des auteurs ou des complices du faux qui sont encore vivans, et remplit à cet égard les fonctions d'officier de police judiciaire.

Mais si dix années s'étaient écoulées sans poursuite depuis que l'auteur de l'acte en aurait fait usage, à la connaissance de l'autre partie, cet acte serait devenu désormais inattaquable sous le rapport de son authenticité; elle ne pourrait plus être contestée, même par la voie de l'inscription de faux incident civil ; il y aurait présomption *juris et de jure* qu'il est vrai, quoique en fait il soit peut-être faux : la partie contre laquelle l'exécution en serait poursuivie aurait à s'imputer son silence ; elle aurait ainsi reconnu l'acte comme vrai.

93. Quant à l'inscription de faux incident civil, l'art. 214 du Code de procédure porte : « Celui qui « prétend qu'une pièce signifiée, communiquée ou « produite dans le cours de la procédure, est fausse « ou falsifiée, peut, *s'il y échet*, être reçu à s'inscrire « en faux, encore que ladite pièce ait été vérifiée, « soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en

« faux, à d'autres fins que celles d'une poursuite de « faux principal ou incident, et qu'en conséquence « il soit intervenu un jugement sur le fondement « de ladite pièce comme véritable. »

Cette dernière partie de l'article ne peut s'entendre que d'un acte privé, le seul qui soit soumis à une vérification d'écriture proprement dite, lorsqu'il est désavoué par la partie à laquelle on l'oppose. Nous reviendrons sur ce point au paragraphe suivant.

94. Mais ces mots, *s'il y échet*, s'appliquent aux cas d'actes authentiques comme aux cas d'actes sous signature privée, et ils font clairement entendre que la loi laisse aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de rejeter la demande à fins d'inscription de faux, suivant les circonstances. Si en effet l'inscription était évidemment dictée par un esprit de chicane et de malice, dans la vue de faire traîner le procès en longueur, ou pour jeter des soupçons défavorables sur l'autre partie, et surtout si elle portait sur une pièce qui ne serait pas très essentielle, ils pourraient déclarer l'inscription non recevable. Leur décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais elle serait difficilement l'objet de la censure de la Cour suprême (1).

---

(1) *Voyez* au tome III, n° 124, où nous citons un arrêt de cette Cour, du 6 avril 1820, qui a effectivement jugé que l'art. 214 du Code de procédure n'a rien d'impératif quant à l'admission d'une inscription de faux incident civil; qu'au contraire les juges ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire.

95. Celui qui veut s'inscrire en faux incident civil est tenu préalablement de sommer l'autre partie, par acte d'avoué à avoué, de déclarer si elle veut ou non se servir de la pièce, avec déclaration que dans le cas où elle s'en servirait, il s'inscrirait en faux (art. 215, *ibid.*). L'inscription ne serait point recevable sans cette sommation, qui a pour objet d'avertir la partie des conséquences auxquelles elle s'expose, si elle veut persister à se servir de la pièce, et plus encore d'engager un héritier à voir s'il n'exposera pas la mémoire de son auteur à quelque flétrissure.

Les articles suivans règlent la procédure sur l'inscription de faux incident. Nous n'en analyserons pas les dispositions, parce que ce serait sortir de notre sujet.

96. L'acte, soit authentique, soit sous seing-privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve. (Art. 1320.) (1).

Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'une clause soit approuvée expressément pour qu'elle ait effet; il suffit que les termes ait un rapport direct avec l'une des dispositions de l'acte.

L'on peut regarder comme simple énonciation

(1) Dumoulin, *in Consuet. Paris.*, § 8, gl. 1, n° 10.

ce qui pourrait être retranché sans que le dispositif de l'acte, c'est-à-dire l'opération que les parties ont eue principalement en vue, fût altérée par ce retranchement ; lorsque cette énonciation se rapporte évidemment au dispositif, elle est directe : pour l'apprécier, il faut surtout considérer l'intérêt qu'avait l'une des parties à ne pas la laisser insérer dans l'acte : si cet intérêt est sensible, l'énonciation sera généralement directe.

Pothier donne l'exemple suivant d'une énonciation directe à la disposition, qui nous paraît bien choisi, et qui confirme parfaitement cette distinction : « Si quelqu'un, dit-il, en passant reconnais-« sance d'une rente en ces termes, *reconnaît* « *qu'une telle maison par lui possédée est chargée* « *envers Robert, présent, de tant de rentes par cha-* « *cun an, dont les arrérages ont été payés jusqu'à* « *ce jour, et en conséquenoc s'oblige de la lui conti-* « *nuer;* ces termes, *dont les arrérages ont été payés* « *jusqu'à ce jour*, quoiqu'ils ne soient qu'énoncia-« tifs, parce qu'il n'est pas exprimé que Robert re-« connaît avoir reçu lesdits arrérages, font néan-« moins foi du paiement contre Robert, partie à « l'acte, parce qu'ils ont un trait au dispositif de « l'acte, et qu'il devait être question dans l'acte de « ce qui était effectivement dû des arrérages de « cette rente. »

Robert, en effet, n'aurait pas laissé insérer cette mention, s'il n'avait pas été payé des arrérages dont il s'agit.

97. A l'égard des énonciations qui se trouvent dans l'acte, dit le même auteur, lorsqu'elles sont absolument étrangères à son dispositif, elles peuvent bien faire quelque demi-preuve, mais elles ne font point une preuve entière, même contre les personnes qui ont été parties à l'acte (1).

Par exemple si, dans le contrat de vente d'un fonds qui m'a été faite par Paul, il est énoncé que ce fonds lui est venu de la succession de Philippe, un tiers qui, comme héritier en partie de Philippe, formerait contre moi demande en revendication de sa part dans ce fonds, ne pourrait pas, pour justifier de son droit de propriété, prouver par cette seule énonciation que le fonds est réellement provenu à Paul de la succession de Philippe, quoique je sois partie à l'acte dans lequel elle se trouve; car elle est absolument étrangère à la disposition de l'acte, qui est la vente du fonds à mon profit. Je n'avais en effet pour lors aucun intérêt à m'opposer à son insertion, puisqu'il devait m'être indifférent que Paul possédât le fonds à titre d'héritier de Philippe, ou à tout autre titre, la garantie m'étant due en cas d'éviction (art. 1626), et devant d'ailleurs naturellement ajouter foi à ce qu'a dit Paul à ce sujet. Mais cela ne prouve point, surtout à l'égard des tiers, que le fonds faisait effectivement partie de la succession de Philippe; ce n'est qu'une simple indication.

---

(1) Dumoulin, *loco citato suprà*.

98. En ce qui concerne les tiers, nous avons vu plus haut que le dispositif de l'acte, sans les obliger, prouve du moins le fait principal, le contrat, *rem ipsam*, et en conséquence que l'acte peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans, au moyen de la bonne foi et de la possession pendant ce temps; mais quant aux simples énonciations, même directes, elles ne prouvent point du tout la vérité du fait énoncé, à l'égard de ceux qui n'ont point été parties à l'acte, tandis qu'elles font foi entre les parties et leurs héritiers. Ainsi, il est énoncé dans l'acte de vente d'une maison, que cette maison a un droit de vue sur la maison voisine : cette énonciation, quoique directe à la disposition, ne fait aucune preuve contre le propriétaire de la maison, puisqu'il n'a point été partie à l'acte, et qu'il n'a pas dû dépendre du vendeur de grever par sa volonté cette maison d'une servitude.

Pothier dit que cette règle souffre exception lorsque l'énonciation se trouve dans un contrat ancien, et qu'elle est soutenue de la longue possession; que c'est une règle que, *in antiquis enuntiativa probant.* Il cite à ce sujet la décision de Cravetta, *de antiq. temp., part.* 1, *cap.* 4, n° 20. Par exemple, dit-il, quoique le long usage n'attribue pas un droit de servitude (1), néanmoins si ma maison a depuis très long-temps une vue sur la maison

(1) Il raisonnait suivant la jurisprudence des pays où, comme Paris et Orléans, la maxime *nulle servitude sans titre*, était en vigueur.

voisine, et que dans les anciens contrats de l'acquisition qu'en ont fait mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue, ces anciens contrats, soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats.

Aujourd'hui que dans toute la France les servitudes continues et apparentes peuvent s'acquérir par la possession de trente ans (690) (1), si cette possession a eu lieu, la question relative à la valeur, à l'égard des tiers, des énonciations de droits de servitudes de cette nature n'a guère plus d'intérêt; elle en présenterait seulement s'il s'agissait d'énonciations de servitudes discontinues, comme les droits de passage, de pacage, de puisage, qui ne peuvent plus aujourd'hui s'acquérir par prescription. Elle n'en présenterait même pas quant aux énonciations de servitudes continues, mais non apparentes, *putà* la prohibition de bâtir sur un certain terrain, puisqu'il n'y a pas de *possession* possible en pareil cas. Mais nous ne pensons pas que, dans l'état actuel de la législation sur la matière des servitudes, l'on pût argumenter contre un tiers, de l'énonciation, faite dans un contrat de vente ou autre, de l'existence d'un droit de passage, de puisage ou de pacage,

---

(1) Et, selon nous, les servitudes susceptibles de s'acquérir par prescription peuvent même s'acquérir par celle de dix et vingt ans avec titre émané d'un tiers et bonne foi. C'est une question que nous avons discutée avec étendue au titre *des servitudes*, tome V, n° 593.

quand bien même cette énonciation se trouverait dans un contrat ancien auquel n'aurait point été partie, ni par lui ni par ses auteurs, celui contre qui on l'invoquerait et quand bien même aussi elle serait soutenue de la longue possession; car cette possession est sans effet aujourd'hui pour l'acquisition des droits de cette nature, et l'énonciation étant étrangère au tiers, il n'y aurait réellement rien qui pût fonder le droit réclamé.

Art. V.

Des contre-lettres, et de leur effet.

99. Quelquefois les parties, pour quelques raisons particulières, dérogent, par un acte séparé, ordinairement destiné à rester secret pendant un certain temps, ou toujours, aux conventions consignées dans un acte authentique, ou même sous signature privée. Quelquefois elles se contentent de modifier seulement ces conventions en quelque point, en y ajoutant ou en y retranchant quelque chose, ou bien elles en expliquent le sens suivant leur véritable intention. Cet acte se nomme *contre-lettre*, pour signifier qu'il est *contraire* à la convention *littérale* à laquelle il déroge. Et quoiqu'il y ait deux actes distincts, ils n'en forment néanmoins qu'un seul, dans le fond, parce que l'exécution de l'un et de l'autre doit se faire en les combinant.

100. Suivant l'article 1321 du Code, les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les par-

ties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Mais sous le nom de parties contractantes, l'on comprend aussi leurs héritiers.

101. Les contre-lettres ont toujours été vues avec défaveur, parce que c'est un moyen propre à tromper les tiers; aussi le Code, qui leur fait produire effet entre les parties elles-mêmes, ne leur en fait produire aucun contre les personnes qui y ont été étrangères. Ce moyen est encore plus fréquemment employé pour priver le trésor d'une partie des droits d'enregistrement qui lui sont dus pour mutation de propriété. Mais, en vue de prévenir autant que possible ce genre de fraude, la loi du 22 frimaire an VII, sur *l'Enregistrement*, porte, article 40, « Que toute contre-lettre faite « sous signature privée, qui aurait pour objet une « augmentation du prix stipulé dans un acte public, « ou dans un acte sous signature privée précé- « demment enregistré, est déclarée nulle et de nul « effet. »

Le numéro suivant établit une amende triple du droit qui aurait eu lieu sur les sommes et valeurs ainsi stipulées.

102. La nullité de la contre-lettre, dans le cas prévu à cette disposition, était absolue : c'était un frein que l'on avait cru devoir apporter à la tentation si fréquente de faire fraude aux droits du trésor; et, quoique mesure purement fiscale, elle

avait effet sur le sort de l'acte dans lequel se trouvait le supplément de prix, en l'annulant. Deux arrêts de la Cour de cassation l'ont ainsi jugé : l'un du 13 fructidor an XI (1), l'autre du 10 janvier 1809 (2).

Le premier de ces arrêts a même décidé que la convention portée dans la contre-lettre était tellement nulle qu'il n'en résultait aucune obligation, encore qu'elle fût avouée ; que l'aveu de la partie qui avait promis un supplément de prix de vente de telle somme, par un acte particulier, n'était point obligatoire : en sorte que le serment n'a pas pu lui être déféré, d'après la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

103. Il y a lieu de croire en effet que, dans l'esprit de la loi du 22 frimaire an VII, ce n'était pas seulement l'acte appelé contre-lettre qui était nul, mais bien aussi la convention qu'il renfermait ; ce n'était pas seulement la preuve par le moyen de cet acte qui était déclarée inadmissible, c'était la convention elle-même qui était proscrite, sans effet.

Mais il faut bien remarquer que les deux arrêts ci-dessus ont statué sur des actes antérieurs à la promulgation du Code ; or, en doit-il être de même sous le Code ? L'article 1321, au contraire, n'a-t-il pas abrogé la disposition de la loi de frimaire sur ce point, puisqu'il statue aussi sur les contre-lettres, et

(1) Sirey, an XII, part. 2, pag. 22.

(2) Sirey, tome IX, part. 1, pag. 159.

que la loi du 30 ventôse an XII porte que, pour toutes les matières qui sont l'objet du présent Code, toutes les lois antérieures sont abrogées?

Pour nous, cela n'est pas douteux, et la Cour de cassation elle-même, par son arrêt du 10 janvier 1819, confirmatif d'une décision de la Cour d'Angers, du 2 août 1818, a jugé que le Code civil a effectivement abrogé l'article 40 de la loi précitée.

M. Merlin, au tome VI de ses *Questions de droit*, vº *contre-lettre*, § III, pag. 98, soutient la thèse contraire, en disant que le Code civil est une loi générale, et la disposition de cet article 40 de la loi de frimaire an VII une loi spéciale, et que, suivant les principes, une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale antérieure, à moins que le législateur ne s'en soit expliqué : *in toto jure*, dit la loi 80, ff. *de regul. jur., generi per speciem derogatur, et illud potissimùm habetur quod ad speciem directum est.*

Mais en accordant à M. Merlin le principe, qui est cependant bien plus sûr encore quand il s'agit de dispositions destinées à former un même corps de lois, un même Code, que lorsqu'il s'agit de lois de dates différentes, la conclusion que ce savant jurisconsulte en tire pour le cas en question nous paraît tout-à-fait fausse; car la volonté des auteurs du Code, de déroger à la loi spéciale par la loi générale, ne saurait être douteuse. La discussion élevée au Conseil d'état sur l'article 1321, dans la séance du 2 frimaire an XII, fait foi de cette vérité.

« M. Duchâtel, directeur général de l'enregistrement, demande qu'on proscrive *d'une manière absolue* l'usage des contre-lettres, qui tendent à déguiser les conventions. Il en résulte des fraudes souvent contre les particuliers, *et toujours contre le trésor public.*

« M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angély) dit qu'un jugement vient d'annuler une contre-lettre qui ajoutait au prix d'une vente.

« M. Bigot-Priameneu dit que les contre-lettres ne doivent être annulées que lorsqu'elles sont frauduleuses.

« M. Berlier dit que la proposition de M. Duchâtel lui paraissait, dans sa généralité, propre à produire un mal plus grand que celui qu'on voulait éviter. Il a été, au titre *du contrat de mariage*, spécialement pourvu au sort des contre-lettres qui pouvaient y être relatives; et c'est en cette matière qu'il importait le plus de parer aux abus, parce que c'est là qu'ils sont le plus fréquens, principalement ceux qui touchent à la substance du pacte. Mais dans cette foule de contrats qui ont lieu entre les hommes, ne serait-il pas souvent injuste de ne considérer comme valable que l'acte authentique, en rejetant les modifications contenues dans la contre-lettre? ne serait-ce pas dénaturer les conventions? et le législateur le doit-il, lors surtout qu'il peut y avoir des contre-lettres qui n'aient point eu pour objet de déguiser la convention primitive, mais d'en fixer le sens ou d'en réparer les omissions?

A la vérité, les contre-lettres ont souvent lieu pour éluder ou affaiblir les droits dus au trésor public; mais c'est par des amendes, *et non par la peine de nullité*, que cette espèce de fraude doit être atteinte et punie ; dans aucun cas, le législateur ne peut mettre sa volonté à la place de celle des parties, pour augmenter ou diminuer les obligations respectives qu'elles se sont imposées.

« M. Cambacérès fait observer qu'il existe déja une disposition législative contre l'usage des contre-lettres, *mais elle ne lui semble pas juste* : *ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties* : il suffit, pour en prévenir les abus, de les soumettre au droit d'enregistrement lorsqu'ils sont produits.

« M. Tronchet dit qu'il faut en effet distinguer : *Une contre-lettre doit être valable entre les parties, et nulle contre les tiers ; or, la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte.*

« M. Defermont dit qu'il serait contre les principes d'annuler indistinctement les contre-lettres : l'intérêt du fisc serait beaucoup mieux assuré, si, lorsqu'elles sont produites, la peine de l'amende était infligée aux parties, pour ne les avoir pas fait enregistrer.

« A quoi M. Duchâtel répondit que plus la peine sera forte, et plus on s'appliquera à dérober à la régie la connaissance de l'acte.

« La proposition de M. Duchâtel est renvoyée à la section. »

Mais aucune disposition n'ayant été proposée

par la section, l'art. 1321 est resté tel que portait le projet, « que les contre-lettres ne peuvent avoir « d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'elles « n'ont point d'effet contre les tiers. »

Il résulte de cette discussion, 1° que le directeur général de l'enregistrement voulait le maintien de l'art. 40 de la loi du 22 frimaire an VII, et que l'art. 1321 du Code civil ne lui paraissant pas également prononcer la nullité, entre les parties, des contre-lettres qui avaient même pour objet une augmentation de prix, il désirait que cet article fût rédigé dans le sens de la nullité ; qu'on proscrivît l'usage des contre-lettres *d'une manière absolue ;*

2° Que, malgré sa réclamation, uniquement dictée par le vif désir de protéger le plus efficacement les droits dont la défense lui était spécialement confiée, *tous* les orateurs qui ont pris part à la discussion ont été d'avis de donner aux contre-lettres effet entre les parties contractantes, et d'abroger à cet égard la disposition de l'art. 40 de la loi de frimaire an VII ;

3° Que, par cela même, l'intention du législateur, en adoptant l'art. 1321 du Code, qui est une loi *générale*, est en même temps une loi *spéciale* quant à cette abrogation ;

Et 4° enfin, que la peine de nullité prononcée par la loi de l'an VII, est abrogée et par la lettre et par l'esprit du Code civil. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 1819, cité plus haut, a donc

fait une juste application des principes du Code, et sa décision doit être considérée comme fixant la jurisprudence sur ce point. Tel est aussi le sentiment de M. Favard de Langlade, *Répertoire*, v° *contre-lettre*.

104. Mais, comme nous venons de le dire, les contre-lettres n'ont aucun effet à l'égard des tiers. Ainsi, Titius, voulant faire don à Sempronius de tel immeuble, mais ne voulant pas le lui faire ouvertement, soit parce qu'il veut le cacher à ses héritiers présomptifs, pour ne pas les mécontenter, soit parce que Sempronius n'est pas capable de recevoir de lui, passe à Séius acte de vente de cet immeuble, moyennant un prix simulé, et retire de lui une contre-lettre par laquelle Séius s'oblige à faire don lui-même de l'immeuble à Sempronius, à une époque fixée par la contre-lettre. Mais, au lieu de l'exécuter fidèlement, Séius vend ou hypothèque l'immeuble à un tiers : Titius ne pourra pas, en invoquant la règle *nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet*, revendiquer l'immeuble dans les mains du tiers, ou demander l'annulation de l'hypothèque, quoique Séius ne fût point en réalité propriétaire de la chose, mais bien un simple *fiduciaire*, une espèce de mandataire, ainsi qu'il résultait de la contre-lettre. Mais puisqu'elle ne peut pas être opposée aux tiers, l'acte de vente passé entre Titius et Séius, qui donnait à celui-ci la qualité *apparente* de propriétaire, a suffi

pour qu'il pût disposer de l'immeuble avec effet au profit de ce tiers; sauf à Titius son recours contre lui. La maxime précitée n'est donc point applicable. *Voy*. l'arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1810 (1), qui a jugé en ce sens.

105. La même Cour a jugé aussi (2) qu'un vendeur, qui avait imprudemment reconnu dans l'acte de vente avoir touché le prix de la vente, tandis qu'une contre-lettre portait le contraire, n'avait pu faire résoudre le contrat, au moyen de la contre-lettre, pour défaut de paiement, qu'à la charge de payer à la régie de nouveaux droits de mutation, et sans préjudice encore des hypothèques ou autres droits conférés par l'acquéreur à des tiers. On a considéré cette résolution comme une rétrocession déguisée. Elle pouvait en effet n'être que cela.

106. Entre les parties elles-mêmes, si la contre-lettre était par acte sous signature privée, comme cela a lieu ordinairement, elle ne serait valable qu'autant qu'elle serait faite en double original, dans le cas où elle contiendrait des obligations synallagmatiques à remplir, ou des dérogations aux droits de l'une et de l'autre partie établis par l'acte principal, authentique ou privé n'importe. L'article 1325 serait applicable.

107. Et si la contre-lettre ne contenait d'obli-

---

(1) *Journal du Palais*, tome XXIX, pag. 417.

(2) Arrêt du 11 juillet 1814. Sirey, 1815-1-248.

gation que pour une seule partie, et que cette obligation fût une promesse de payer une somme ou une chose appréciable, elle devrait être écrite en entier de la main de la partie obligée, ou du moins contenir, outre sa signature, un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise; en un mot l'article 1326, avec les exceptions qu'il consacre, serait applicable, parce que ce serait effectivement une promesse sous seing-privé, et que le danger des surprises et de l'abus d'un blanc-seing serait également à craindre.

108. Les articles 1396 et 1397 déterminent la forme, et règlent l'effet des contre-lettres par lesquelles on a dérogé aux conventions portées dans le contrat de mariage, avant la célébration. Nous en parlerons en son lieu.

§ II.

De l'acte sous seing-privé.

SOMMAIRE.

109. *Quels actes l'on comprend sous le nom d'actes sous seing-privé.*

110. *Quel est l'acte sous seing-privé proprement dit.*

111. *Lorsqu'il est reconnu ou tenu pour reconnu, son effet, entre les parties, est le même que celui de l'acte authentique, si la convention a pu être faite en cette forme.*

112. *L'acte sous seing-privé prouve également le fait,* rem ipsam, *à l'égard des tiers, à partir du jour où il a acquis date certaine; mais il ne les oblige pas.*

particulières pour les actes sous seing-privé, sauf les dispositions des articles 1325 *et* 1326 *: il n'exige ni la mention du lieu, ni celle de la date.*

128. *Les actes sous seing-privé peuvent être écrits même par des notaires ou autres officiers publics, et signés par eux comme témoins; les déclarations des* 19 *mars* 1696 *et* 14 *juillet* 1699, *qui le défendaient, sont abrogées.*

129. *De quelle époque les actes sous seing-privé sont censés exister à l'égard des tiers : texte de l'art.* 1328.

130. *Ils prouvent, à leur égard, que le fait de la convention existait à cette époque; diverses conséquences.*

131. *La disposition de l'art.* 1328 *est limitative; opinion contraire d'un auteur.*

132. *Rejet de l'opinion du même auteur, qui prétend que l'acquéreur d'un immeuble par acte sous seing-privé sans date certaine, doit l'emporter sur l'acquéreur par acte authentique du même immeuble, si cet acte privé porte une date antérieure.*

133. *Les tiers saisis peuvent opposer au saisissant les paiemens faits antérieurement à la saisie, encore qu'ils ne soient pas constatés par des actes ayant acquis date certaine au moment où elle a eu lieu.*

134. *Suite de la réfutation du système du même auteur.*

135. *Indication de ceux que la loi a eus en vue sous les dénominations de* tiers *dans l'art.* 1328, *et* d'ayant-cause *dans l'art.* 1322.

136. *Suite et développemens.*

137. *Suite de la discussion par rapport à l'acquéreur de l'usufruit par acte sous seing-privé sans date certaine.*

138. *Suite, et comparaison avec un créancier hypothécaire.*

139. *Conclusion de la discussion.*

140. *L'art.* 1328 *n'est point applicable aux créanciers d'un failli qui se présentent dans la faillite pour prendre des arrangemens avec lui, ou pour participer aux distributions de deniers.*

141. *Il en est de même des créanciers d'un débiteur non commerçant, qui se présentent aux distributions sur saisies.*

142. *Cas assez remarquable dans lequel des créanciers ont pu écarter un acte sous seing-privé, en vertu de l'art.* 1328.

143. *Les actes qui contiennent des conventions synallagmatiques doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; texte de l'art.* 1325.

144. *Cela n'était point exigé dans le droit romain, ni généralement dans la jurisprudence française antérieure à* 1636.

145. *Contrats auxquels s'appliquent la règle.*

146. *Toutefois, si un contrat synallagmatique de sa nature, comme la vente, est complètement exécuté sur-le-champ par l'une des parties, il n'est pas nécessaire de faire l'acte en double original, du moins généralement.*

147. *Les promesses de vendre ou d'acheter peuvent avoir lieu sans réciprocité, et l'acte qui les constate n'a pas besoin d'être fait en double original.*

148. *Le contraire paraît néanmoins avoir été jugé par le parlement de Paris.*

149. *Les achats et ventes entre commerçans peuvent très bien se constater par les livres des parties, et par leur correspondance.*

150. *Les dépôts, les prêts à usage, et autres contrats imparfaitement synallagmatiques, n'ont pas besoin d'être constatés par des actes faits en double original.*

151. *La renonciation de l'une des parties à certains droits, et pour laquelle l'autre s'oblige, rend la convention synallagmatique dans l'esprit de l'art.* 1325.

152. *Par exemple, dans le cas d'un acte de cautionnement, lorsque la caution ne s'est obligée qu'à condition d'une prorogation de terme accordée au débiteur.*

153. *Autre exemple tiré d'un acte par lequel un tuteur s'oblige envers le mineur devenu majeur, à lui payer tant, sous la condition de la part de celui-ci de renoncer à demander aucun compte de tutelle.*

154. *Deux ou plusieurs personnes qui ont le même intérêt sont censées n'en faire qu'une ; un original leur suffit donc : divers exemples.*

155. *Mais l'original de toute partie n'en doit pas moins être signé par toutes, si elles n'ont pas donné mandat à quelqu'une d'entre elles de traiter pour les autres.*

156. *Il n'est pas nécessaire de signer le double que l'on retire.*

157. *Le Code ne prescrit pas non plus d'*approuver l'écriture *du double que l'on n'écrit pas soi-même.*

158. *Ni de revêtir le double de l'autre partie d'un* bon *ou* approuvé *portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise.*

159. *Ni de mettre les sommes en toutes lettres ou de mettre un* bon *ou* approuvé *de ces sommes.*

160. *Mais l'art.* 1325 *exige la mention, sur chaque original, du nombre d'originaux qui ont été faits.*

161. *Le défaut de mention et même le défaut réel de doubles se couvrent à l'égard de la partie qui a exécuté de son côté la convention.*

162. *Quoique l'une des parties seulement ait payé ou livré, l'autre n'est pas moins censée avoir exécuté la convention en recevant elle-même la chose payée.*

163. *Si l'acte n'est point fait suivant le vœu de l'art.* 1325, *et si la convention n'est pas non plus encore exécutée, cette convention elle-même est-elle nulle? discussion et distinction.*

164. *L'acte dont il s'agit ne peut servir de commencement de preuve par écrit.*

165. *Le délai de dix ans n'en purge pas le vice.*

166. *Texte de l'art.* 1326, *relatif aux billets et promesses unilaterales sous signature privée.*

167. *Déclaration de* 1733 *à ce sujet.*

168. *Motifs de ces dispositions.*

169. *Autre déclaration, de* 1730, *mais généralement non suivie.*

170. *La disposition principale de l'art.* 1326 *est plus étendue*

que ne l'était celle de la déclaration de 1733, qui ne s'appliquait qu'aux billets causés pour valeur en argent.

171\. *Ainsi elle s'applique aux reconnaissances de dépôt.*

172\. *A un arrêté de compte.*

173\. *Aux constitutions de rentes.*

174\. *Même à une reconnaissance d'argent prêté insérée dans un bail.*

175\. *A un acte de cautionnement non commercial, soit que le cautionnement eût été donné par l'acte même qui contient la dette, soit qu'il l'eût été par un acte séparé.*

176\. Secùs *du cautionnement ou aval mis même par un non négociant à un billet à ordre souscrit par un négociant à un autre négociant.*

177\. *Mais elle s'applique même à un billet à ordre souscrit par un non commerçant; elle ne s'applique toutefois pas à une lettre de change, quoique souscrite par un non commerçant, à moins qu'elle ne dût être réputée simple promesse.*

178\. *Elle s'applique à un billet à ordre souscrit par un non commerçant, quoique pour fait de commerce.*

179\. *Elle s'applique à une promesse unilatérale quoique souscrite par plusieurs personnes.*

180\. *Si l'un des signataires est dans la classe des personnes exceptées de la disposition, et non l'autre, la promesse est valable à l'égard de ce dernier, et non à l'égard du premier, quoiqu'il y eût solidarité.*

181\. *Et elle est valable pour le tout ou pour partie seulement, selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas solidarité.*

182\. *Quand l'approbation est exigée, elle ne doit pas être mise en ces termes :* j'approuve l'écriture ci-dessus; *mais bien exprimer en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise.*

183\. *La loi ne prescrit néanmoins pas de mettre en toutes lettres la somme dans le corps de l'acte, même dans le cas où la formalité du* bon *ou* approuvé *n'est pas exigée et n'a pas été observée.*

204. *Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits, et ils font foi contre lui dans deux cas, encore que les écritures ne soient ni signées ni datées.*

205. *Observations sur le premier cas, celui ou l'écriture énonce formellement un paiement reçu.*

206. *Opinion de* Boiceau *et opinion contraire de* Pothier *sur le second cas, celui où la note a été faite par un débiteur pour tenir lieu de titre à son créancier.*

207. *Quand la note, dans ce cas, se trouve biffée, elle n'a plus d'effet.*

208. *Il n'en est pas de même dans le premier.*

209. *Tout en décidant que les écritures mises sur les registres d'un particulier font foi contre lui en certains cas, le Code civil, à la différence du Code de commerce, ne contient neanmoins aucune disposition précise qui autorise une partie à exiger la représentation des registres de l'autre.*

210. *Droit romain à cet égard.*

211. *Disposition du Code de commerce, et résolution de la question.*

212. *Texte de l'art. 1332, touchant les écritures mises à la suite, au dos ou à la marge d'un titre ou d'une quittance.*

213. *La première partie de cet article ne prévoit qu'un seul cas, et cependant il peut s'en présenter deux autres : résolution du premier.*

214. *Résolution du second.*

215. *La disposition de l'article ne s'appliquerait qu'avec une distinction au* pour acquit *que l'on est dans l'usage de mettre aux billets et autres effets avant même d'en toucher le montant.*

216. Quid *lorsque l'écriture mise sur le titre a été rendue illisible.*

217. Quid *aussi, si le débiteur allègue que le créancier, au moyen d'une coupure, a fait disparaître une écriture*

qui se trouvait au bas du titre, et qui tendait à la libération.

218. *La condition exigée par la seconde partie de l'article, que le double soit resté en la possession du débiteur, pour que l'écriture qui y a été mise par le créancier, et tendant à la libération, ait effet, n'est cependant pas nécessaire.*

219. *Ces écritures, mises par le créancier, font foi quoiqu'elles ne soient ni signées ni datées.*

220. *L'écriture mise sur le double du débiteur, ou sur une quittance, quoique par le créancier, cesse de faire foi si elle est barrée.*

221. Secùs *de celle qui a été mise sur le double du créancier.*

222. *Dans quelques cas, les écritures mises à la suite d'un titre font foi, quoiqu'elles tendent à* l'obligation.

223. *Ce qu'on entend par* quittances.

224. *Effet de la quittance qui exprime la somme payée, sans exprimer la cause de la dette.*

225. *Effet de celle qui exprime la cause de la dette, sans exprimer la somme payée.*

226. *Suite pour le cas où cette quittance est pour loyers ou arrérages.*

227. *Et pour le cas où la dette est payable en plusieurs termes.*

228. *Effet de la quittance qui n'exprime ni la cause de la dette, ni la somme payée, lorsqu'il y a plusieurs dettes.*

229. *Et* quid, *dans cette hypothèse, du cas où cette quittance ne serait pas datée.*

230. *Et de celui où un billet n'aurait pas été remis au débiteur qui a reçu une quittance générale.*

231. *Effet de la quittance qui exprime tout à la fois la somme payée et la cause de la dette.*

232. *La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait présumer le paiement.*

109. On comprend sous le nom d'acte sous seing-privé, toute écriture privée opérant obliga-

tion ou décharge, et il en est de plusieurs sortes :

1° L'acte sous-seing privé proprement dit,

2° Les registres des marchands,

3° Les registres et papiers domestiques des personnes non marchandes,

4° L'écriture mise au dos, à la marge ou à la suite d'un titre ou d'une quittance,

5° Et les quittances.

La correspondance des parties n'est pas mentionnée dans ce paragraphe du Code, mais il n'est point douteux qu'elle ne puisse aussi établir des obligations, et surtout des décharges ; aussi l'art. 109 du Code de commerce porte-t-il que les achats et ventes se constatent par la *correspondance* des parties.

Nous parlerons d'abord de l'acte sous seing-privé en général, et de ses effets par rapport aux parties, leurs héritiers et ayant-cause ;

Ensuite, de l'époque où ces actes ont une date à l'égard des tiers ;

Nous traiterons après, en particulier, de l'acte contenant des conventions synallagmatiques ;

De l'acte renfermant des obligations ou promesses unilatérales ;

Enfin successivement des autres écritures privées.

Art. Ier.

De l'acte sous seing-privé en général, et de ses effets entre les parties et leurs héritiers et ayant-cause.

110. L'acte sous seing-privé, comme la dénomination l'indique, est celui qui a été passé entre

les parties, sans le ministère d'un officier public; sauf que, d'après l'art. 1318, l'acte reçu par officier public incompétent ou incapable, ou nul par un défaut de forme, *vaut comme écriture privée*, s'il a été signé des parties.

111. Suivant l'art. 1322, l'acte sous seing-privé, reconnu par celui à qui on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authentique.

Mais pour qu'il en ait la force et l'effet, il faut que la convention qu'il renferme puisse valoir sans l'emploi des formalités prescrites pour les actes authentiques.

112. L'acte sous seing-privé, comme l'acte authentique, fait également foi contre les tiers, non pas à l'effet de les obliger, car les conventions n'obligent que les parties et les héritiers (art. 1165), mais en ce sens qu'il prouve, à compter du jour où il a acquis date certaine, le fait même de la convention; il prouve aussi *rem ipsam*, comme l'acte authentique; il peut tout comme lui servir de base à la prescription de dix et vingt ans, ainsi que le décide Pothier, qui cite à ce sujet un arrêt du 29 décembre 1716, rapporté *au Journal des Audiences*, qui a jugé en ce sens. D'ailleurs, l'art. 1319 dit aussi que l'*acte authentique fait foi entre les parties, leurs héritiers et ayant-cause*, et l'on ne conclut point de là, *è contrario*, qu'il ne prouve rien contre

les tiers, qu'il ne prouve pas contre eux le fait même de la convention. Il y a seulement cette différence, que l'acte authentique fait foi par lui-même de sa date, tandis que l'acte sous seing-privé n'a de date certaine à l'égard des tiers que de l'une des manières exprimées à l'art. 1328 : aussi celui qui l'invoquerait comme juste titre pour la prescription de dix et vingt ans, ne pourrait en faire remonter l'effet au delà de l'époque où cet acte aurait acquis date certaine par rapport aux tiers, quoique sa possession personnelle fût antérieure; sauf à lui, s'il y avait lieu, à joindre à cette possession celle de son auteur (art. 2235) (1).

113. D'après l'édit de 1684, le porteur d'un acte sous seing-privé ne pouvait obtenir de condamnation qu'il n'eût préalablement formé demande en reconnaissance de l'écriture; mais, suivant une déclaration du 15 mai 1703 (2), il n'était pas nécessaire, quant aux effets de commerce, d'assigner

---

(1) Il ne pourrait la joindre à la sienne pour la prescription de dix à vingt ans, qu'autant que son auteur lui-même pouvait acquérir par cette prescription, par conséquent qu'autant qu'il avait un juste titre, valable aussi sous le rapport de la forme, et qu'il était de bonne foi. (Art. 2265, 2266, 2267 et 2268 combinés.)

(2) Cette déclaration disait que « les porteurs de promesses, billets ou autres actes de commerce, pourrait obtenir condamnation sur de simples assignations en la manière ordinaire, *sans qu'au préalable il fût besoin de procéder en reconnaissance, sinon en cas que le défendeur déniât la vérité desdits actes.* » Dans ce cas, on procédait à la vérification, mais devant les tribunaux civils, ainsi que cela a lieu aujourd'hui. (Art. 427, Cod. de proc.)

préalablement en reconnaissance de l'écriture : on pouvait *de plano* conclure à la *condamnation*, et sur la demande en paiement, le tribunal adjugeait les conclusions du demandeur, quoique le défendeur fît défaut, sauf à celui-ci à former opposition au jugement. Tel est aussi le droit actuel.

114. Et même quant aux actes sous seing-privé qui n'ont pas pour cause le commerce, l'on peut aujourd'hui, suivant l'opinion de plusieurs auteurs (1), former demande en paiement du billet ou autre acte privé, sans avoir préalablement formé demande en reconnaissance de l'écriture ; seulement il faut observer le préliminaire de conciliation, à moins que l'on ne se trouve dans un des cas exceptés par la loi. Au lieu que lorsque la demande est simplement en reconnaissance de l'écriture, on n'est point obligé de remplir la formalité du préliminaire de conciliation, attendu que la loi fait exception pour ces sortes de demandes. (Art. 48 et 49, Cod. de procéd., combinés.)

L'usage est encore dans quelques tribunaux, de former tout à la fois, par le même exploit, demande en reconnaissance de l'écriture ou de la signature, et demande en paiement, en observant toutefois les délais des ajournemens, et le préliminaire de conciliation, si l'on n'en est

(1) Notamment de M. Carré, dans son *Analyse raisonnée de la procédure civile*, sur l'art. 193 ; contre le sentiment de M. Boucher, *Traité de la procédure devant les tribunaux de commerce*, pag. 120.

point dispensé; tandis que pour les simples demandes en reconnaissance d'écriture, l'on peut assigner à trois jours, même sans permission du juge (art. 193, Cod. de procéd.).

Mais on tient cependant qu'il n'est plus nécessaire, pas plus en matière civile qu'en matière de commerce, de conclure d'abord à la reconnaissance de l'écriture ou de la signature; qu'il suffit de demander le paiement, sauf au défendeur à proposer pour exception qu'il désavoue l'écriture ou la signature qui lui est attribuée, ou qu'il ne connaît pas celle de son auteur, auquel cas la vérification en est ordonnée par le tribunal. On dit, à cet égard, que la déclaration de 1684, qui exigeait une demande préalable en reconnaissance d'écriture, se trouve abrogée par la loi du 30 ventôse an XII, sur la réunion en un Code de toutes les lois qui composent le Code civil. Nous en avions d'abord douté, dans notre *Traité des contrats*, etc., tome IV, nº 1232, tout en admettant, du reste, que le créancier pouvait former l'une et l'autre demande par le même exploit, à la charge d'observer le préliminaire de conciliation, s'il n'était pas dans quelque cas d'exception, et à la charge aussi d'observer les délais des ajournemens; mais aujourd'hui nous croyons effectivement que la demande en paiement seule est valablement formée, sauf au défendeur, comme on vient de le dire, à opposer, comme exception, qu'il désavoue formellement l'écriture ou la signature à lui attribuée, ou qu'il ne connaît

pas celle attribuée à son auteur. Son silence est une approbation. Cette forme de procéder ne compromet en rien ses droits. La Cour de cassation l'a ainsi jugé par deux arrêts : l'un, du 24 juin 1806 (Sirey, 14-1-29); l'autre, du 7 janvier 1814, rapporté au Répertoire de M. de Favard de Langlade, article, *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 1 (1).

115. Celui auquel on oppose un acte sous seing-privé est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature.

Ses héritiers ou ayant-cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 1323).

Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayant-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice (art. 1324).

116. On parle ici de l'écriture *ou* de la signature, parce qu'il est des cas où l'écriture seule a effet : tels sont les registres et papiers domestiques, et les écritures mises au dos, à la suite ou à la marge d'un titre ou d'une quittance ; et d'autres fois, il n'y a que la signature de celui à qui l'acte est opposé, l'écriture du corps de l'acte étant de la main d'un autre. L'article 1326 le suppose même à l'égard de billets ou promesses unilatérales.

Mais lorsque, dans ces sortes d'actes, le *bon* ou l'*approuvé* de la main du débiteur a été nécessaire,

(1) Article composé par moi.

parce que l'acte n'a pas été écrit en entier de sa main, et parce qu'en outre le débiteur n'était point de la classe des personnes pour lesquelles il est fait exception, la reconnaissance ou le désaveu doit aussi porter formellement sur l'écriture qui exprime ce *bon* ou cet *approuvé*.

117. Le porteur d'un acte sous signature privée peut assigner en reconnaissance de l'écriture ou de la signature avant même l'échéance de la dette ; et à cet effet, l'article 193 du Code de procédure, ainsi qu'il vient d'être dit, lui donne le droit d'assigner, sans permission du juge, à trois jours, pour avoir acte de la reconnaissance, ou pour faire tenir l'écrit pour reconnu. Mais cet article ajoute que si le défendeur ne dénie pas la signature, tous les frais relatifs à la reconnaissance, ou à la vérification, même ceux de l'enregistrement de l'écrit, sont à la charge du demandeur.

118. Cette disposition, en ce qui concerne les frais d'enregistrement, a toutefois été modifiée par la loi du 3 septembre 1807, ainsi conçue :

« Art. Ier. Lorsqu'il aura été rendu un jugement « sur une demande en reconnaissance d'obligation « sous seing-privé, formée avant l'échéance ou l'exi- « gibilité de ladite obligation, il ne pourra être pris « aucune inscription hypothécaire en vertu de ce « jugement, qu'à défaut de paiement de l'obligation « après son échéance ou son exigibilité, à moins de « stipulation contraire.

« 2. Les frais relatifs à ce jugement ne pourront « être répétés contre le débiteur que dans le cas où « il aura dénié sa signature.

« Les frais d'enregistrement seront à la charge du « débiteur, tant dans le cas dont il vient d'être « parlé, que lorsqu'il aura refusé de se libérer après « l'échéance ou l'exigibilité de la dette. »

Ainsi, cette loi, lorsque la demande en reconnaissance d'écriture est formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette, met les frais à la charge du débiteur, non seulement dans le cas où celui-ci a dénié sa signature, mais encore dans le cas où ne l'ayant point déniée, il a refusé de se libérer après l'échéance ou l'exigibilité de la dette; tandis que d'après le Code de procédure, ces frais, comme ceux de vérification, n'étaient à sa charge que lorsqu'il avait dénié son écriture ou sa signature.

119. De ce que cet article 193 met à la charge du demandeur les frais relatifs à la reconnaissance et à la vérification, ainsi que ceux de l'enregistrement de l'écrit dans le cas où le défendeur ne dénie pas sa signature, il n'en faut pas conclure, *è contrario*, que le défendeur doit les supporter dans tous les cas où il y a eu une vérification, et que cette vérification a été favorable au demandeur. Il faut au contraire distinguer si elle a eu lieu d'un écrit attribué au défendeur lui-même, ou d'un écrit attribué à son auteur, et, dans cette dernière hypothèse, si elle a eu lieu sur une demande en reconnaissance

d'écriture formée avant l'échéance, ou bien sur une demande en paiement formée à l'échéance ou à l'exigibilité de la dette.

Lorsqu'il s'agit d'un écrit attribué au défendeur lui-même, qui a mal à propos dénié son écriture ou sa signature, les frais sont à sa charge, encore que la demande ait été simplement en reconnaissance d'écriture, et qu'elle ait été formée avant l'échéance ou l'exigibilité de la dette. Sa mauvaise foi les lui fait supporter même dans ce cas, et, de plus, d'après l'article 213 du même Code, il *doit* être condamné à 150 fr. d'amende envers le trésor, outre les dommages et intérêts de la partie, et il *pourra* aussi être condamné par corps pour le principal.

Au lieu que lorsqu'il s'agit d'un écrit attribué non au défendeur lui-même, mais à son auteur, si le défendeur a été simplement assigné en reconnaissance de l'écriture avant l'échéance, et qu'usant de la faculté que lui accordait l'article 1323 du Code civil, de déclarer qu'il ne connaissait point l'écriture ou la signature de son auteur, il y ait eu vérification, les frais de la vérification ne sont point à sa charge, non plus que ceux de l'enregistrement de l'écrit, à moins, pour ces derniers, qu'il n'ait ensuite refusé de se libérer à l'échéance de la dette, conformément à la loi du 3 septembre précitée. En effet, l'art. 193 du Code de procédure suppose qu'une *vérification* a eu lieu dans un cas où le défendeur n'a pas dénié la signature, et il met les frais de cette vérification, ainsi que ceux de l'enregistrement de l'écrit, à la

charge du demandeur ; or, pour qu'il ait pu y avoir lieu à une vérification dans le cas où *la signature n'a pas été déniée*, il faut nécessairement supposer que l'écrit était de l'auteur du défendeur, qui s'est borné à déclarer qu'il ne connaissait pas l'écriture ou la signature de son auteur. L'article ne dit pas, en effet, les frais de la *demande* en reconnaissance ou en vérification seront à la charge du demandeur, dans le cas où le défendeur ne dénie pas la signature, ce qui aurait pu faire croire qu'une demande en vérification avait bien eu lieu, mais qu'il n'y avait cependant pas eu de vérification; il dit : les frais relatifs à la reconnaissance *ou à la vérification*. Il a donc pu y avoir une vérification, quoique *la signature n'ait pas été déniée ;* et effectivement elle ne l'a pas été, si le défendeur s'est borné à déclarer qu'il ne connaissait pas celle de son auteur. Or, dans ce cas-là même, l'article met les frais à la charge du demandeur, quoique la vérification lui ait été favorable; et cela est juste, puisque c'est pour son avantage particulier qu'il a assigné en reconnaissance d'écriture avant l'échéance, afin d'avoir un titre authenthique, et puisque le défendeur a pu être de bonne foi : aussi l'article 213 précité ne lui est-il point applicable.

Mais lorsqu'il s'agit d'une demande en paiement formée à l'échéance ou à l'exigibilité de la dette, il n'y a plus à distinguer, quant aux frais, entre le cas où l'écrit est attribué à l'auteur du défendeur, ou au défendeur lui-même. Si, dans cette

hypothèse, le défendeur déclare ne pas connaître l'écriture ou la signature de son auteur, et que la vérification démontre qu'elle est cependant de lui, il doit être condamné aux frais de cette vérification, ainsi qu'aux autres frais de l'instance, et il supporte pareillement ceux de l'enregistrement de l'écrit. La raison en est simple, le créancier n'étant pas payé à l'échéance, il a dû former sa demande, et la vérification, dans ce cas, a été un simple *incident* tout comme un autre; or, il n'y a aucun motif pour déroger à la règle générale que celui qui succombe doit supporter les frais. Le défendeur avait sans doute le droit de se borner à déclarer qu'il ne connaissait pas la signature de son auteur, mais en opposant cette exception, il le faisait à ses risques et périls : l'événement ayant prouvé que le demandeur avait raison, et celui-ci étant obligé de former alors sa demande, puisqu'il n'était pas payé, le défendeur doit tous les frais, comme ayant succombé. L'article 193 du Code de procédure et la loi du 3 septembre 1807 n'ont rien de contraire à cette décision, car ils statuent sur de simples demandes en reconnaissance d'écriture formées avant l'échéance de la dette, tandis que nous raisonnons actuellement dans l'hypothèse d'une demande en paiement formée à l'échéance.

120. Si l'assigné en reconnaissance de l'écrit ne comparaît pas, l'écrit doit être tenu pour reconnu (art. 194); sauf au défendeur à former opposition.

S'il reconnaît l'écrit, le jugement donne acte de la reconnaissance au demandeur. (*Ibid.*)

121. Si le défendeur dénie la signature à lui attribuée, ou déclare ne pas reconnaître celle attribuée à un tiers, la vérification en peut être ordonnée tant par titres que par experts et par témoins. (Art. 195.)

La vérification peut se faire par témoins, encore qu'il s'agisse d'une somme au delà de 150 fr.; l'article ne distingue pas quant à la somme, et il admet évidemment les trois moyens de vérification isolément comme par concours. C'est un simple fait à établir, et pour lequel il n'a pas dépendu du demandeur d'avoir une preuve écrite.

122. Si celui auquel est attribué l'écrit l'a reconnu dans un acte authentique, ou même dans un acte sous signature privée qu'il ne désavoue pas, cet écrit fait désormais foi contre lui comme un acte authentique. (Art. 1322 Cod. civ.)

Et celui qui, poursuivi en paiement à raison de l'acte, aurait demandé aux juges un terme de grâce, aurait par cela même reconnu l'existence de l'obligation.

123. Mais puisque l'exécution d'un acte authentique est suspendue par la plainte en faux suivie de la mise en accusation, et qu'elle peut l'être par l'inscription de faux incident, si le tribunal l'estime convenable (art. 1319); de même, la fo due à

l'écrit privé reconnu est suspendue par la plainte en faux (que peut encore former la partie), si la mise en accusation est prononcée; et l'exécution de l'acte peut aussi être suspendue par l'inscription de faux incident, si le tribunal estime convenable de prononcer la suspension.

Il n'est même pas besoin pour cela de s'inscrire en faux contre l'acte authentique ou l'acte sous signature privée dans lequel on a reconnu celui dont il s'agit; il n'y aurait pas même lieu à le faire, puisque nous supposons que cet acte est sincère. « On a vu, disait M. Pigeau, de fréquens exemples « de faussaires assez habiles pour imiter l'ecriture « et la signature de quelqu'un, au point que ceux « à qui ont les attribuait y ont été trompés, et ont « pris pour être d'eux des signatures qu'ils n'avaient « pas données. On peut donc, malgré la reconnaissance, s'inscrire en faux contre cet acte que « l'on a mal à propos reconnu. »

124. On peut pareillement, d'après l'art. 214 du Code de procédure, s'inscrire en faux incident civil contre un acte sous seing-privé, encore que cet acte ait été vérifié en justice être de la partie (ou de son auteur), à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'en conséquence il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable.

Ainsi, le jugement rendu sur une simple vérification d'écriture ne fait point obstacle à l'inscrip-

tion de faux, même incident, quoiqu'il ait été rendu sur le fondement que la pièce *était véritable*, ce qui suppose cependant qu'elle était de celui à qui elle a été attribuée. L'autorité de la chose jugée fait bien loi quant à la vérification, mais non quant à l'inscription de faux. C'est une autre procédure (1) : dans la première, celui contre qui la pièce a été produite s'est borné à dénier l'écriture ou la signature qu'on lui attribuait, ou à déclarer qu'il ne connaissait pas celle de son auteur, et la vérification, ordinairement faite par des experts écrivains, dont l'art est fort incertain, n'a pas paru suffisante pour imprimer à la pièce un caractère de sincérité irréfragable. Au lieu que dans l'inscription de faux, le demandeur en faux n'aura pas à se borner à dénier la pièce ou à déclarer ne pas connaître l'écriture ou la signature de son auteur : son rôle sera bien différent; ce sera à lui de prouver que la pièce est fausse ; il fera lui-même le procès à la pièce ; il devra déduire et prouver ses moyens de faux. Ainsi les procédures sont différentes.

Mais lorsque c'est sur une inscription de faux incident que l'acte a été déclaré véritable, il n'y a plus lieu à en attaquer la sincérité par la même voie ; car rien ne doit faire croire qu'on jugerait mieux une seconde fois que la première. L'autorité de la chose jugée exerce alors toute sa force.

---

(1) Nous verrons cependant plus loin, en traitant de l'autorité de la chose jugée, que la diversité des actions n'empêche point que la chose jugée n'ait toute sa force quand la cause de la nouvelle action est la même que celle de l'ancienne. Mais ici il y a une raison particulière, que nous donnons au texte.

125. Mais comme nous l'avons dit *suprà*, n° 90, relativement à l'acte authentique, il y a encore lieu à la plainte en faux principal, conformément à l'art. 250 précité, si l'auteur ou les complices du faux sont encore vivans, et si d'ailleurs la poursuite criminelle n'est pas éteinte par la prescription. (Art. 239.)

La preuve du faux peut s'obtenir plus facilement au criminel qu'au civil, et si l'accusé est déclaré coupable d'avoir fabriqué l'acte ou de l'avoir altéré, la partie peut prendre des conclusions civiles tendant à la lacération ou réformation de la pièce, nonobstaut le jugement rendu sur l'inscription de faux incident civil qui a tenu l'écrit pour véritable. Ce jugement ne lie point les juges au criminel, et dès qu'il y a encore action criminelle, il y a action civile pour dommages-intérêts (art. 1, Cod. d'inst. crim.); or, l'anéantissement ou la réformation de la pièce est nécessairement comprise dans ces dommages-intérêts.

126. En sens inverse, de ce que, dans le cas d'une plainte en faux, suivie de la mise en accusation, l'accusé serait acquitté, sur la déclaration du jury, de *non coupable*, il n'en faut pas nécessairement conclure que l'obligation existe, et en conséquence que les tribunaux civils auxquels l'exécution de ce même acte serait ensuite demandée, ne pourraient se dispenser de l'ordonner. La décision au criminel qui déclare l'accusé non coupable doit bien l'affranchir

même de l'action civile pour les dommages-intérêts; mais elle ne fait pas nécessairement, en matière d'actes argués de faux, que ces actes doivent être tenus pour vrais par les tribunaux civils, qu'ils soient fondés sur une juste cause, qu'ils ne soient pas le résultat de manœuvres frauduleuses. Ce qui est jugé par les tribunaux criminels, c'est la question de savoir si l'accusé *est coupable ;* ce qui sera jugé par les tribunaux civils, sera *la réalité des obligations :* la chose n'est donc pas identiquement la même. Au surplus, c'est un point sur lequel nous reviendrons quand nous parlerons de l'*autorité de la chose jugée*, en traitant des présomptions.

127. Le Code civil ne prescrit, en général, aucunes formalités particulières pour les actes sous seing-privé, sauf ce qui est établi aux art. 1325 et 1326, dont nous parlerons bientôt. Il n'exige pas que ces actes contiennent la mention du lieu où ils ont été passés, ni même qu'ils soient datés, quoique la date eût pu paraître une formalité fort utile, afin, en cas de contestation, qu'on pût savoir si l'acte a été souscrit en temps de capacité ou en temps d'incapacité; aussi, généralement, est-elle observée.

Mais elle n'est point prescrite par le Code, si ce n'est pour les testamens olographes, et, par le Code de commerce, pour les lettres de change, les billets à ordre, les endossemens de ces deux sortes d'effets, les polices d'assurances, et quelques autres

actes ; en sorte que la loi sur le notariat n'est point applicable aux actes sous seing-privé. Plusieurs arrêts, cités par Denizart, aux mots *billets* et *date*, ont jugé que la date et la mention du lieu ne sont point nécessaires dans ces sortes d'actes.

Si le débiteur prétend qu'il s'est obligé en temps d'incapacité, il devra prouver son allégation ; mais les circonstances de la cause, qui peuvent varier à l'infini, serviront généralement de guide aux tribunaux pour décider la question.

128. Une observation commune aux diverses espèces d'actes sous seing-privé, c'est qu'ils peuvent être écrits non seulement par les parties ou des tiers, mais encore par des notaires ou autres officiers publics. Les déclarations des 19 mars 1696 et 14 juillet 1699, qui défendaient aux notaires, greffiers, procureurs, huissiers, sergens ou autres, d'écrire, ou signer comme témoins, aucun acte sous signature privée, à peine d'interdiction, de nullité desdits actes, et de 200 livres d'amende, sont implicitement abrogées par les lois du 19 septembre 1790, 22 frimaire an VII, et 25 ventôse an XI, ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, section civile, en date du 30 novembre 1807 (1). Cet arrêt a rejeté le pourvoi formé par la Régie, contre un jugement du tribunal de Saint-Omer, qui avait jugé la question dans le sens des déclarations.

Un avis du Conseil d'état, du 26 mars 1808, ap-

(1) Sirey, tome VIII, part. 1, p. 85. Denevers, tome V, p. 172.

prouvé le 1er avril suivant, renferme une décision semblable, et qui s'applique non seulement aux notaires, mais encore aux avoués, greffiers, huissiers et autres gens de pratique et de loi, lesquels peuvent maintenant rédiger, écrire de leur main et signer comme témoins, des actes sous seing-privé. Cette décision est tout-à-fait raisonnable; celui qui signe ces actes comme partie s'approprie, par cela même, l'écriture et tout ce qu'elle renferme ou exprime.

Art. II.

De quelle époque les actes sous seing-privé ont date à l'égard des tiers.

129. La facilité avec laquelle on pourrait antidater les actes sous seing-privé, pour faire fraude aux droits acquis à des tiers, a fait établir, en principe, que ces actes n'ont de date certaine à l'égard des tiers, que du jour seulement où ils ont été enregistrés, ou du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance a été constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. (Art. 1328.)

130. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, les actes sous seing-privé qui ont acquis date certaine de l'une de ces manières, font foi aussi à l'égard des tiers du fait même de la convention : ils prouvent *rem ipsam*, comme les actes authentiques, et en conséquence, ils peuvent servir de

base à la prescription de dix et vingt ans, à partir du jour où ils ont acquis date certaine. Par la même raison, comme la vente, l'échange et autres actes à titre onéreux, peuvent être faits aussi bien par acte sous seing-privé que par acte authentique (art. 1582 et 1707), celui qui a acheté un immeuble par un acte sous seing-privé ayant acquis date certaine de l'une des manières exprimées ci-dessus, sera préféré à un acquéreur par acte authentique du même immeuble, auquel la même personne l'aurait vendu postérieurement.

131. M. Toullier a toutefois écrit que la disposition de l'article 1328 n'est pas limitative, mais seulement explicative des circonstances qui, le plus communément, donnent une certitude à la date des actes sous seing-privé; qu'ainsi toutes les fois que cette certitude pourra être acquise par telle ou telle autre circonstance, l'acte fera foi, contre les tiers, de l'existence de la convention : il prouvera *rem ipsam*.

Cette décision doit être rejetée : il serait à craindre qu'une fois sorti des termes de l'article, l'on ne se jetât dans l'arbitraire, et que l'on ne prétendît voir l'impossibilité de l'antidate dans telle ou telle circonstance où il y aurait seulement invraisemblance que l'acte n'a été fait que depuis cette circonstance.

Doit-on d'ailleurs s'intéresser si vivement au sort des actes sous seing-privé quand il s'agit de l'intérêt

des tiers, si l'on songe que ceux qui ne les font point enregistrer ont le plus souvent en vue de priver le fisc des droits qui lui sont dus, et que surtout ils exposent ces mêmes tiers à contracter avec un individu qui ne doit plus pouvoir disposer de ce qu'il leur vend, parce qu'il en a déja disposé au profit d'autres personnes? non, ces actes sont peu dignes de faveur lorsqu'ils sont opposés aux tiers : celui qui les produit doit s'imputer sa faute de ne leur avoir pas assuré une date qui pût attester leur existence à telle époque, puisque la loi lui en offrait le moyen. Si cette sévérité peut compromettre, dans certains cas, les intérêts de personnes de bonne foi, il faut répondre, avec M. Jaubert, dans son rapport au Tribunat sur le projet de loi : « que cet inconvénient est moindre « que celui qui résulterait du système contraire; que « le législateur marchait entre deux écueils ; que la « crainte des excès dans lesquels l'intérêt personnel « entraîne certains hommes, avait dû le déterminer; « que les contractans seront avertis; que c'est à « eux à prendre leur précaution... » Ainsi, c'est bien dans un sens restrictif que l'article a été conçu : seulement les procès-verbaux de scellé ou d'inventaire ne sont donnés que comme exemple d'actes publics dans lesquels l'insertion de la substance de l'acte sous seing-privé lui assure une date : « *tels* « que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire, » dit l'article.

La Cour de cassation, par son arrêt du 27 mai

1823 (1), a confirmé cette interprétation, en cassant un arrêt de la Cour de Grenoble qui ne l'avait pas suivie : « Vu l'article 1328 du Code civil, considé-« rant que cet article n'attache la certitude de la « date des actes sous signature privée qu'on op-« pose aux tiers, *que dans les trois circonstances* « *précises qu'il détermine*, et qu'aucune de ces cir-« constances ne se trouve dans l'espèce de la cause ; « d'où il suit qu'en jugeant, malgré cela, que le « contrat de vente dont il s'agit avait acquis une « date certaine, au préjudice des demandeurs, la « Cour royale de Grenoble a violé les dispositions « de l'article précité, casse, etc. »

Dans l'espèce, il y avait cependant une circonstance bien grave : celui qui produisait l'acte sous scing-privé offrait de prouver que le tiers auquel il l'opposait en avait connaissance avant de traiter avec la personne de qui émanait cet acte. C'était un acquéreur d'immeubles, par acte du 30 nivôse an XII, enregistré seulement le 5 juin 1812. Le vendeur avait, le 21 octobre 1808, hypothéqué à son gendre, pour diverses sommes qu'il lui devait, un domaine dont faisait partie l'immeuble vendu, et le gendre connaissait parfaitement l'acte de vente de cet immeuble, qui était d'ailleurs possédé depuis long-temps par l'acquéreur, ce qui démontrait assez clairement qu'il n'y avait pas eu d'antidate. Aussi, ces circonstances avaient-elles déterminé la

(1) Sirey, 1823-1-297.

Cour de Grenoble à considérer l'acte sous seing-privé comme ayant une date certaine *par rapport au gendre, créancier hypothécaire*, au temps où celui-ci avait reçu l'hypothèque et pris l'inscription ; mais l'on vient de voir quel a été le sort de sa décision. En sorte qu'il résulte de celle de la Cour de cassation qu'il n'y a même pas lieu de prouver contre un tiers la vérité de la date de l'acte sous seing-privé qui lui est opposé, en invoquant d'autres circonstances que celles mentionnées dans l'article 1328 du Code, et qu'ainsi il n'est pas vrai de dire, avec M. Toullier, que *la disposition de cet article n'est pas limitative, mais seulement démonstrative.*

132. C'est encore avec bien moins d'hésitation, assurément, que nous rejetons l'opinion du même auteur, lorsqu'il dit que l'acquéreur d'un immeuble par acte sous seing-privé n'ayant point acquis date certaine de l'une des manières exprimées à cet article, doit l'emporter, quant à la question de propriété, sur l'acquéreur même par acte authentique, mais postérieur, du même immeuble. Il nous apprend qu'il avait précédemment émis l'opinion contraire, mais que c'était faute de s'être bien pénétré du sens de l'article 1328 et de l'avoir combiné avec l'article 1322. Nous croyons qu'il eût mieux fait de s'en tenir à sonpremier sentiment : l'on en jugera probablement ainsi d'après les raisons sur lesquelles il appuie le second.

Un acquéreur, dit M. Toullier, est un *ayant-cause* du vendeur ; c'est de lui qu'il tire son titre, la *cause* de sa possession ; il est *habens causam ;* il n'est point un *tiers :* en conséquence l'article 1328 ne reçoit pas son application au profit d'un acquéreur quoique par acte authentique. Cet acquéreur ne peut pas dire à un autre acquéreur par acte sous seing-privé du même objet ayant une date antérieure à celle de son propre titre, quoique non devenue certaine de l'une des manières exprimées à cet article, qu'il ne reconnaît pas l'existence de cet acte ; car, suivant l'article 1322, l'acte sous seing-privé reconnu ou tenu pour reconnu, a, entre les parties, leurs héritiers et *ayant-cause*, la même foi que l'acte authentique ; or, l'acquéreur par acte authentique postérieur à l'acte sous seing-privé qui lui est opposé, est un *ayant-cause* du vendeur ; et puisque l'acquéreur par acte sous seing-privé était devenu propriétaire par le fait seul du contrat de vente, encore que la chose n'eût pas été livrée ni le prix payé (art. 1138, 1582 et 1583 combinés), il s'ensuit que le vendeur, qui n'avait plus de droit sur la chose, n'a pu en transmettre ensuite à une autre personne, attendu qu'un vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait sur la chose vendue. (Art. 2182.)

Telle est la substance du raisonnement de M. Toullier, que nous n'avons point affaibli, assurément, en le resserrant, et qui l'applique aux acheteurs, coéchangistes, donataires et autres successeurs à

titre particulier à la chose, quoiqu'ayant un titre authentique, attendu, dit-il, que c'est l'art. 1322, et non l'article 1328, qui doit décider la question de propriété entre eux et un premier acquéreur par acte sous seing-privé, bien que cet acte n'ait pas acquis une date certaine de l'une des manières exprimées par ce dernier article, puisque ces acheteurs, coéchangistes et donataires sont des *ayant-cause* du vendeur, donateur, etc.

133. Cet auteur dit aussi qu'un créancier saisissant n'est, par rapport au tiers saisi, qu'un ayant-cause du débiteur saisi, et par conséquent que le tiers saisi peut lui opposer les paiemens faits antérieurement à la saisie, quoiqu'ils ne fussent pas constatés par des actes ayant acquis date certaine à l'époque où elle a eu lieu. Cela est incontestable; le saisissant n'exerce que les droits du débiteur saisi sur le tiers saisi : d'où il suit que tous les paiemens que ce dernier pouvait opposer à son créancier au moment de la saisie, peuvent également être opposés à ce saisissant. En disant que le tiers saisi fera sa déclaration au greffe, et qu'il *l'affirmera*, l'article 571 du Code de procédure fait d'ailleurs clairement entendre que tous les paiemens faits antérieurement à la saisie pourront être opposés au saisissant, puisque si on ne pouvait lui opposer que ceux qui sont constatés par des actes ayant acquis une date certaine antérieure à la saisie, l'affirmation, qui a pour but d'empêcher,

autant que, possible la collusion entre le saisi et le tiers saisi serait bien superflue; car tant que la saisie n'existait pas, il ne pouvait y avoir de collusion entre eux au préjudice de ce saisissant. Ce sont les paiemens faits au préjudice d'une saisie, par conséquent d'une saisie déja existante, qui sont sans effet à l'égard du saisissant (art. 1242). On n'est pas dans l'usage de tirer des quittances authentiques, ni de faire enregistrer celles que l'on reçoit par acte sous signature privée, surtout quand la dette est pour loyers, fermages ou arrérages de rente, et il eût été par trop intolérable d'être obligé de payer de nouveau parce que le créancier se serait exposé à des saisies-arrêts.

134 Mais si les acheteurs, les coéchangistes, les donataires, et tous autres qui ont succédé à telle ou telle chose seulement, sont des *ayant-cause* de celui qui la leur a transmise, et non des *tiers;* et si, de plus, les créanciers saisissans sont aussi des ayant-cause du débiteur saisi, ce que nous ne contestons, au surplus, ni à l'égard des uns ni à l'égard des autres; quels sont donc les *tiers* dont peut vouloir parler l'article 1328, et par rapport auxquels les actes sous seing-privé n'ont de date que de l'une des époques déterminées par ce même article? car enfin il faut bien nécessairement supposer que les *tiers* dont il entend parler, et auxquels l'acte est opposé comme constatant telle ou telle convention, sont des personnes dont le droit dé-

rive du signataire de l'acte, ou de son auteur ; autrement, étant étrangers à ce qui concernerait cette personne, à tous ses actes, ils ne seraient point dans le cas de les méconnaître, par la raison toute simple qu'ils ne leur seraient point opposés.

Et remarquez que M. Toullier regarde comme bien choisi l'exemple donné par Pothier, qu'un acquéreur sous seing-privé sans date certaine ne peut se prévaloir de son titre contre un créancier saisissant du prétendu vendeur ; ce qui est très vrai : en sorte qu'il résulte de la combinaison des différens cas proposés par cet auteur, que l'acquéreur d'un immeuble par acte sous seing-privé sans date certaine, peut se prévaloir de son titre envers un autre acquéreur du même objet par acte authentique, pourvu que l'acte sous seing-privé soit antérieur (ce qui est précisément le point de la difficulté, car cet acte est-il antérieur à l'acte authentique?), attendu que ce dernier acquéreur est un ayant-cause du vendeur, et que l'acte sous seing-privé de celui-ci fait foi de son contenu entre les parties, leurs héritiers et ayant-cause (art. 1322); mais que cet acquéreur par acte sous seing-privé ne peut pas se prévaloir de son titre contre le créancier qui a saisi l'immeuble avant que l'acte eût acquis une date certaine, parce qu'il est un *tiers* par rapport à ce créancier. Et cependant M. Toullier lui-même dit que les créanciers saisissans sont les *ayant-cause* du débiteur saisi ; qu'ils sont tels notamment par rapport au tiers saisi : en sorte qu'il fait varier

les dénominations selon qu'il croit devoir appliquer l'article 1322, ou bien l'article 1328.

135. Mais est-ce ainsi qu'on doit entendre ces articles et les combiner? Nous ne le croyons pas.

Faisons d'abord observer qu'il y a une sorte d'inconséquence dans la base du système de l'auteur. Il dit que le second acheteur est un ayant-cause du vendeur, et, d'après cela, que l'acte sous seing-privé passé par ce dernier, et reconnu ou tenu pour reconnu, fait foi contre cet ayant-cause; et néanmoins que le vendeur n'avait plus de droit lorsqu'il a consenti l'acte authentique, qu'il était dépouillé de la propriété de l'objet vendu, puisqu'il l'avait déja transportée à une autre personne, quoique ce fût par un acte sous seing-privé, la vente, et la translation de propriété qui en résulte, pouvant avoir lieu aussi bien par acte sous seing-privé que par acte authentique; et que c'est parce qu'il n'avait plus de droit, que l'acheteur par acte sous seing-privé doit l'emporter, quant à la question de propriété, sur l'acheteur par acte authentique. Mais si le vendeur n'avait plus de droit lorsqu'il a fait la seconde vente, ce qui est vrai, comment peut-on dire que le second acheteur est son *ayant-cause?* comment être l'ayant-cause de celui qui n'avait plus *de droit?* En laissant de côté cette inconséquence, voyons ce qu'on doit entendre par *ayant-cause* dans le sens de l'art. 1322.

Ce mot *ayant-cause* est une expression générique,

employée pour indiquer la qualité d'une personne qui exerce les droits d'une autre personne quant à telle ou telle chose, telle ou telle prétention, tel ou tel droit : *quæ habet ejus causam.* Sous ce point de vue général, un héritier légitime est un ayant-cause du défunt; ceux qui sont appelés aux successions irrégulières, c'est-à-dire l'enfant naturel, le conjoint survivant et l'État, sont aussi des ayant-cause; les donataires et les légataires universels ou à titre universel sont pareillement des ayant-cause; car les uns et les autres tirent la *cause* de leur droit, ou leur titre, du défunt, du donateur ou testateur.

Mais comme ces *successeurs* irréguliers, ces donataires ou légataires ne sont pas des héritiers proprement dits, l'on sent pourquoi le mot *ayant-cause* ajouté au mot *héritiers*, dans l'art. 1322, n'est point une redondance.

Les acheteurs, les cessionnaires, les coéchangistes, les donataires et légataires à titre particulier, sont aussi des ayant-cause du vendeur, du cédant, coéchangiste, donateur ou testateur, puisqu'évidemment aussi ils tirent leur titre, la *cause* de leur possession, leur droit, en un mot, de la personne qui le leur a conféré.

Tous ces successeurs, soit à la personne, soit à telle chose seulement, sont réellement des *ayant-cause*, et il en est de même de tous les créanciers qui exercent, conformément à l'art. 1166, les droits et actions de leur débiteur : ils sont ses ayant-cause, *causam ejus habentes.* Ils exercent, à cet égard, *sa*

cause; ils l'ont, sinon en propre, comme un cessionnaire, du moins en vertu d'un mandat tacite.

Il faut en dire autant des créanciers qui font saisir-arrêter entre les mains d'un tiers ce que celui-ci doit à leur débiteur.

L'usufruitier et l'usager sont aussi des ayant-cause du propriétaire, en ce qui concerne le droit d'usufruit et d'usage, puisqu'ils le tiennent de lui, ou de son auteur.

Il en est de même de celui qui a reçu un droit de servitude sur l'héritage de son voisin, et d'un créancier qui a reçu une hypothèque sur les biens de son débiteur.

156. Mais l'art. 1322 n'entend évidemment parler que des ayant-cause seulement qui sont *personnellement* tenus de l'exécution de l'acte sous seing-privé, comme ayant succédé à l'obligation de la personne qui l'a souscrit, puisqu'il s'agit de l'exécution d'une obligation dans cet article. Pour eux, en effet, l'acte sous seing-privé, reconnu ou tenu pour reconnu, fait foi de ce qu'il renferme, abstraction faite de sa date; car, représentant la personne du signataire, ce qui est vrai par rapport à lui, est également vrai par rapport à eux, à quelque époque que cet acte ait eu lieu; sauf à eux à opposer la prescription, s'il y échet.

Un *tiers*, au contraire, est celui qui est étranger à la convention intervenue entre deux personnes, et qui n'est point tenu, comme héritier ou succes-

seur de l'une ou l'autre de ces personnes à quelque autre titre, des engagemens de cette personne. Ce tiers peut bien être l'*ayant-cause* de l'une d'elles, ainsi qu'un acheteur ou un donataire est ayant-cause du vendeur ou du donateur par rapport à la chose vendue ou donnée, mais il est étranger au traité fait par ce vendeur ou donateur avec une autre personne, quoique ce traité eût pour objet la chose vendue ou donnée : seulement il est obligé de souffrir l'exercice des droits qui étaient régulièrement imposés au profit d'autres individus sur l chose au moment où il l'a reçue. Mais pour cela, il est nécessaire que ceux qui prétendent avoir acquis ces droits en justifient par des actes faits à cette époque ; or, un acte sous seing-privé pouvant facilement être antidaté, il ne prouve pas par lui-même la réalité de la date qu'il porte à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties à cet acte, et qui ne représentent pas, comme tenus de ses obligations, le signataire : pour eux, la date n'est censée exister que du jour seulement où elle est devenue certaine de l'une des manières exprimées à l'art. 1328. Car ils peuvent dire, avec raison, que rien ne prouve que l'acte existait au temps où ils ont acquis leurs droits ; il a pu être fait depuis. Au lieu que cela ne peut se dire par ceux qui sont tenus de remplir les engagemens du signataire de l'acte, puisqu'il est décédé, et que d'ailleurs, à quelque époque qu'il les ait contractés, cela est indifférent, tant que l'obligation subsiste encore.

157. M. Toullier continuant son argumentation dit que l'acquéreur par acte sous seing-privé d'un droit d'usufruit sur un immeuble, peut faire valoir son titre contre l'acquéreur par acte authentique de la propriété pleine et entière de cet immeuble, si l'acte sous seing-privé a une date antérieure à celle de l'acte authentique, quoique cette date ne soit pas devenue certaine de l'une des manières exprimées à l'art. 1328 ; attendu que ce titre a conféré à l'usufruitier un droit dans la chose, *jus in re*. Au lieu, dit-il, qu'un fermier, dans le même cas, ne pourrait faire valoir son bail contre l'acquéreur, si le bail n'avait acquis date certaine antérieurement à l'aliénation de l'immeuble, vu qu'il n'a conféré au fermier qu'une simple action personnelle contre le bailleur, *tantùm jus ad rem*.

La contradiction de principes est ici palpable. En effet, si l'acquéreur par acte authentique est un ayant-cause du vendeur vis-à-vis de l'usufruitier, et si, à ce titre, il doit souffrir l'exécution de l'acte sous seing-privé, parce que cet acte porte une date antérieure à celle du sien, il est également l'ayant-cause du vendeur par rapport à un fermier, et, comme tel, il doit pareillement souffrir l'exécution du bail fait par le vendeur antérieurement à la vente, quoique ce bail n'eût pas alors acquis une date certaine ; car sa qualité d'ayant-cause est une ; elle ne peut pas exister vis-à-vis de l'un et ne pas exister vis-à-vis de l'autre. La différence dans la nature du droit de l'usufruitier et du droit du fermier est

absolument sans effet à cet égard. S'il était l'héritier du vendeur, au lieu d'être un simple ayant-cause, il serait bien obligé de faire jouir le fermier comme l'usufruitier; or, quant à l'application de l'art. 1322, il ne devrait y avoir, suivant M. Toullier lui-même, aucune différence à ce sujet entre cet ayant-cause et un héritier, puisque l'article porte la même disposition pour l'un comme pour l'autre. De plus, si le bail avait acquis une date certaine antérieure à celle de l'acte authentique de l'acheteur, celui-ci ne pourrait expulser le fermier (article 1743), et cependant cette circonstance n'aurait pas changé la nature du droit de bail; seulement elle en aurait assuré plus pleinement l'effet à l'égard d'un acquéreur. Cela se réduit donc à une question de date; eh bien! il en doit être de même à l'égard d'un usufruitier ou d'un autre acheteur par acte sous seing-privé du même immeuble, attendu que l'acquéreur qui a lui-même un acte authentique ou un acte sous seing-privé ayant date certaine depuis telle époque, n'est obligé, comme *ayant-cause* de son vendeur, d'avoir égard aux actes faits par celui-ci relativement à la chose vendue, qu'autant que ces actes sont antérieurs au sien, puisque s'ils étaient postérieurs, ils auraient été faits par un individu qui, n'ayant plus de droits sur la chose, n'avait plus par conséquent qualité pour les faire; ce qui ramène toujours la question, comme on le voit, à une question de date. Or, c'est l'art. 1328 qui la décide entre ceux qui sont *des tiers les uns*

par rapport aux autres, quoiqu'ils soient d'ailleurs les uns et les autres des *ayant-cause* de la personne d'où ils tirent tous leurs droits.

138. Si un acheteur est un ayant-cause du vendeur, ce que, encore une fois, nous sommes loin de contester, un créancier hypothécaire est également, quant à son droit d'hypothèque sur l'immeuble, un ayant-cause du débiteur qui le lui a consenti : on ne voit même pas comment il pourrait en être autrement ; aussi son hypothèque est-elle subordonnée à la validité du droit du débiteur sur l'immeuble (art. 2125); et cependant l'on a vu plus haut, par l'arrêt de cassation que nous avons cité, que le créancier hypothécaire n'était point tenu de souffrir l'exécution de l'acte de vente sous seing-privé sans date certaine antérieure à la constitution de l'hypothèque, quoiqu'il eût connaissance de la vente au moment où il recevait l'ypothèque, et quoique l'immeuble fût déja depuis long-temps dans la main de l'acquéreur.

139. Et on le demande, quel est l'acquéreur, même par acte authentique, qui pourrait, dans le système de M. Toullier, se flatter de conserver l'objet de son acquisition tant qu'il n'en aurait pas acquis la propriété par le moyen de la prescription? Comment, par exemple, pourrais-je empêcher que Paul, qui m'a vendu et livré tel immeuble depuis six ou huit ans, ne le vendît encore à une autre personne, par un acte sous seing-privé, au-

quel, par une fraude si facile à commettre, l'on donnerait une date antérieure à mon titre? Il encourrait la contrainte par corps comme stellionataire, dit M. Toullier. Voilà vraiment une belle garantie ! je n'en aurais pas moins perdu ma propriété, et à quoi me servira de le faire emprisonner, s'il est insolvable ? à le nourrir à mes dépens.....

Mais, dit encore le même auteur, si l'acte sous seing-privé ayant une date antérieure à celle de l'acte authentique, ne devait pas prévaloir sur lui, il n'y aurait point de sûreté pour ceux qui traitent par acte sous seing-privé. A cela, nous répondrons avec M. Toullier lui-même, qu'ils auront à exercer la contrainte par corps contre le vendeur stellionataire, puisque, suivant lui, c'est une puissante garantie. D'ailleurs, en admettant que cet inconvénient fût aussi réel et aussi grave que celui que nous venons de signaler, ce que nous sommes bien éloigné de croire assurément, il y aurait toujours quelque chose qui choquerait la raison dans un système qui ferait prévaloir des actes sous seing-privé sans date certaine, sur des actes authentiques, ou même sur des actes sous seing-privé ayant acquis date certaine. Vous dites que le vôtre est antérieur au mien; moi, je soutiens qu'il a été fait seulement hier, et peut-être ne me trompé-je point : où est la preuve de son antériorité? sa date? mais vous l'avez pu mettre, cette date, ainsi que bon vous a semblé; au lieu que je prouve d'une manière irrécusable la date du mien. Votre acte ne

peut donc pas plus m'être opposé qu'une contre-lettre.

140. Au surplus, l'art. 1328 n'est généralement point applicable aux créanciers d'un failli qui se présentent pour être admis à participer aux distributions du dividende commun, ou pour concourir au concordat, s'il y a lieu d'en faire un avec le failli. On ne peut pas exclure ces créanciers sur le seul fondement que leurs titres n'ont point acquis une date certaine antérieurement à l'ouverture de la faillite : ce serait anéantir la confiance si nécessaire au commerce. Parmi les créanciers porteurs d'effets de commerce, ordinairement il n'y a que ceux qui ont été obligés de faire protester pour défaut de paiement qui aient fait enregistrer leurs titres; ceux dont les titres n'étaient point encore exigibles au moment de la faillite n'ont pas eu de motif de remplir cette formalité, et ne l'ont point remplie. Or, si les autres créanciers étaient en droit de les exclure, sur le seul fondement que leurs titres n'ont pas acquis date certaine au moment de l'ouverture de la faillite, et qu'ainsi les actes ont pu avoir été consentis par le failli depuis la faillite et avoir été antidatés, le dividende commun n'appartiendrait, la plupart du temps, qu'à un petit nombre de créanciers, et le commerce souffrirait le plus grave préjudice d'un tel système. Aussi n'en est-il pas ainsi : l'usage constant, au contraire, est de les admettre également au passif de la faillite,

sauf au tribunal, s'il y a contestation sur la sincérité de telle créance, si l'on prétend que la cause en est simulée, ou que l'obligation n'a été souscrite que depuis l'ouverture de la faillite et qu'on l'a antidatée, à apprécier les circonstances de la cause, et à rejeter la créance, s'il apparaît qu'elle n'est point légitime. Il en est de même des créances pour marchandises livrées sur simple facture ou en compte courant, ainsi que des travaux d'ouvriers : ces diverses créances ne sont même point ordinairement constatées par des actes, et néanmoins elles sont également admises après vérification et affirmation.

141. La raison est la même dans les matières civiles : un créancier qui, dans le cas de saisies-arrêts ou de saisies-exécutions faites par d'autres créanciers, forme opposition sur les deniers, ne doit pas être exclu de la distribution, sur le seul fondement que son titre n'aurait pas de date certaine antérieure aux saisies. Ce qu'il importe, ce n'est pas de savoir depuis quelle époque il est créancier, mais de savoir s'il est créancier; car, quoiqu'il ne le fût devenu que depuis les saisies, il serait encore en droit de concourir avec les saisissans ou autres opposans, tant que ceux-ci n'auraient pas touché les deniers, ou que la clôture de la distribution, s'il y en avait une, n'aurait pas été faite par le juge commissaire. Seulement sa créance sera vérifiée, comme celle des autres, et si elle n'est

pas légitime, elle sera rejetée ; si elle n'est pas contestée, elle sera admise, après affirmation.

142. Des créanciers ont toutefois été admis, dans l'espèce suivante, à écarter un acte sous seing-privé, sur le fondement que cet acte n'avait pas de date certaine ; mais l'espèce était bien différente de celles sur lesquelles nous venons de raisonner.

Un débiteur, qui avait été condamné par défaut, faute d'avoir constitué avoué, déclara ensuite par acte sous seing-privé sans date certaine, tenir le jugement pour exécuté, y acquiescer et renoncer au droit d'y former opposition et appel. Le créancier avait pris, en vertu de l'art. 2123 du Code civil, inscription hypothécaire sur les biens du débiteur. Plus de six mois s'écoulèrent dans cet état de choses, et les autres créanciers prétendirent ensuite que le jugement était réputé non avenu, aux termes de l'art. 156 du Code de procédure, pour n'avoir pas été exécuté dans les six mois du jour de son obtention, et en conséquence que les hypothèques prises en vertu de ce jugement étaient sans cause légale ; que l'acte sous seing-privé par lequel le débiteur avait tenu le jugement pour exécuté, y acquiescer et renoncer au droit d'y former opposition et d'en interjeter appel, étant un acte sans date certaine, qui avait pu être fait depuis la péremption du jugement, il ne pouvait leur être opposé, parce qu'ils étaient évidemment des tiers par rapport à celui qui l'avait obtenu ;

qu'ainsi aux termes de l'art. 1328 du Code civil, cet acte n'ayant point de date à leur égard, il devait être écarté de la cause par rapport à eux. La Cour d'Amiens adopta ces conclusions, par arrêt du 17 août 1815, et sa décision fut confirmée en cassation, par arrêt rapporté par le continuateur de Denevers, tom. XVIII, part. 1, p. 1.

Cependant nous devons faire observer que la Cour de Caen a jugé le contraire dans une espèce semblable (1). Elle a pensé que l'acte sous seing-privé dont il s'agit équivalait à une exécutiou du jugement, puisque, d'après l'art. 159 du Code de procédure, le jugement est réputé exécuté lorsqu'il résulte d'un acte quelconque, que l'exécution a été nécessairement connue de la partie défaillante, et en conséquence que le jugement n'avait point été atteint par la disposition de l'article 156 du même Code; que l'acte, quoique sous seing-privé et sans date certaine, pouvait être opposé aux créanciers, sauf à eux à l'attaquer sous le rapport de la fraude, s'il y avait lieu. Mais c'était supposer ce qui était précisément en question, qu'il avait été fait dans les six mois du jour où le jugement avait été rendu; aussi, nous croyons que la première de ces décisions est plus conforme aux principes, quoiqu'elle puisse paraître rigoureuse.

---

(1) Arrêt du 26 avril 1814. Sirey, 1814, part. 2, pag. 401.

Art. III.

Des actes contenant des conventions synallagmatiques.

143. Suivant l'article 1325, « Les actes sous « seing-privé qui contiennent des conventions synal-« lagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont « été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties « ayant un intérêt distinct.

« Il suffit d'un seul original pour toutes les per-« sonnes ayant le même intérêt.

« Chaque original doit contenir la mention du « nombre des originaux qui ont été faits.

« Néanmoins, le défaut de mention que les ori-« ginaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut « être opposé par celui qui a exécuté de sa part la « convention portée dans l'acte. »

144. Cette disposition était inconnue dans le droit romain, et elle n'a même été introduite dans la jurisprudence française que vers l'année 1636, par quelques arrêts du parlement de Paris, sans qu'aucun édit ou ordonnance ait été rendu à ce sujet, comme on peut le voir par l'article *Double écrit*, au Répertoire de M. Merlin, et par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 août 1814 (1).

On est parti de cette idée, que chacun des contractans, dans les conventions synallagmatiques, devait avoir le moyen de contraindre l'autre à l'exé-

---

(1) Sirey, tome XV, part. 1, pag. 18. Denevers, tome XII, pag. 483.

cution de la convention, s'il s'y refusait, et qu'il était nécessaire pour cela que l'acte fût fait en autant d'originaux qu'il y aurait de parties ayant un intérêt distinct.

Du reste, ce n'a pas été sans opposition que cette doctrine des doubles, qui a fait naître de graves difficultés, a fini par s'enraciner dans notre jurisprudence (1), et par devenir un principe du Code; mais ce qui est important, ce n'est pas d'en faire la critique, c'est de bien l'entendre et de bien l'appliquer aux cas qui peuvent se présenter.

145. Les contrats de vente, de louage, de société, les actes de partage, les constitutions d'emphythéose, les compromis, les transactions, et quelques autres actes encore, étant des conventions qui emportent des obligations à remplir de chaque côté, de véritables conventions synallagmatiques, il est nécessaire que les actes sous seing-privé qui sont faits pour les constater, soient faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; sinon l'acte est nul. Nous verrons bientôt si la convention elle-même l'est également.

146. Mais il faut bien remarquer que le principe lui-même n'est applicable qu'aux actes sous seing-privé qui contiennent des conventions synallagmatiques emportant des obligations à remplir

---

(1) Elle avait été repoussée par le Parlement de Paris lui-même, comme contraire aux principes du droit, par arrêt du 3 septembre 1680, rapporté par Brillon, dans son Recueil, v° *Bail*.

par chacune des parties, ou des sacrifices ou renonciations à certains droits de la part de l'une d'elles, avec obligation pour l'autre de faire ou de payer quelque chose, ou bien des renonciations de part et d'autre, et non pas à tout contrat synallagmatique de sa nature.

Ainsi, un contrat de vente est un contrat synallagmatique de sa *nature*, quoique l'une des parties l'ait exécuté sur le champ, soit en payant le prix comptant, soit en livrant la chose vendue, et cependant, dans le cas, par exemple, où je vous vends et livre actuellement cent hectolitres de froment, moyennant 2,000 fr., que vous vous obligez à me payer dans six mois, il est clair qu'il n'est pas besoin de faire un double original de l'acte que nous faisons, et qui constate que vous avez reçu de moi, à titre d'achat, ces cent hectolitres de froment; car, quoique votre engagement ait sa cause dans un contrat synallagmatique de sa nature, néanmoins, par le fait de l'exécution de mon obligation, cet engagement, en réalité, est purement unilatéral. Vous n'avez en effet pas besoin d'un acte pour me contraindre à remplir l'obligation qui en serait résultée pour moi, d'après les principes de la vente, si elle n'eût pas été exécutée, puisqu'elle est remplie; moi seul ai besoin d'un acte contre vous. Seulement il faudra que cet acte, comme contenant une promesse d'un seul côté, soit fait suivant le vœu de l'article 1326, que nous analyserons bientôt.

En sens inverse, si c'est vous qui avez exécuté

sur-le-champ le contrat, en me payant comptant le prix des cent hectolitres de froment, que je me suis obligé de vous livrer dans un certain temps, il suffit que vous ayez un acte, et que cet acte soit fait selon le prescrit de cet article, puisqu'il n'y a que moi qui ai des obligations à remplir.

D'ailleurs, dans l'un comme dans l'autre cas, chacune des parties a exécuté le contrat, l'une en payant ou livrant, l'autre en recevant ; or, nous démontrerons bientôt que l'exécution empêche celle qui l'a faite, d'argumenter du défaut de double comme du simple défaut de mention du nombre d'originaux qui ont été faits ou qui ont dû être faits.

147. En général, les promesses de vente sont des conventions vraiment synallagmatiques, lorsqu'il y a consentement sur la chose et le prix ; aussi, dans ce cas, valent-elles vente (art. 1589) : elles sont obligatoires pour l'une comme pour l'autre des parties, et par conséquent l'acte qui les constate doit être fait en double original. Mais rien ne s'oppose à ce que je m'oblige à vous vendre ma maison en tel mois, telle année, moyennant la somme de tant, sans que vous vous obligiez pour cela à l'acheter ; et, *vice versâ*, rien ne s'oppose à ce que vous vous obligiez à acheter ma maison à telle époque, moyennant telle somme, sans que je m'oblige de mon côté à vous la vendre : ce sont là des obligations purement unilatérales, et très valables (art. 1134), parce qu'elles n'ont rien de contraire

aux lois et aux bonnes mœurs, ni à la nature des contrats, puisqu'il y a des contrats unilatéraux (art. 1103). Les circonstances dans lesquelles les parties ont traité peuvent parfaitement expliquer pourquoi elles n'ont pas fait une convention synallagmatique. Les achats à l'essai, ou sous une condition protestative de la part de l'acheteur, sont d'ailleurs des engagemens à peu près de même nature. Aussi Pothier (1) ne balance-t-il pas à regarder ces simples promesses de vendre ou d'acheter, sans réciprocité, comme parfaitement valables. Or, dans ces cas, le principe général de l'article 1325 n'est point non plus applicable : il suffit d'un acte fait simple, remis à la partie envers laquelle l'autre s'est obligée.

148. Cependant le parlement de Paris, confondant les promesses de vendre où d'acheter, sans réciprocité, avec les ventes proprement dites ou avec les promesses réciproques, jugea qu'un acte, par lequel M. l'archevêque de Reims s'était simplement soumis à acheter *l'hôtel Conti*, moyennant 450,000 francs (sans qu'il paraisse par les faits rapportés par l'arrêtiste que le propriétaire se fût obligé de son côté à vendre), était un acte nul, pour n'avoir pas été fait double. *Voy.* l'arrêt dans Denizart, au mot *Doubles*. Mais s'il a réellement été rendu dans le cas d'une promesse d'acheter, sans réciprocité, il ne saurait faire jurisprudence.

(1) *Contrat de vente*, part. VI, cap. 1, n° 478 et suiv.

149. Et comme d'après l'article 109 du Code de commerce, les achats et les ventes entre commerçans se constatent non seulement par des actes publics ou sous signature privée, ou par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties, mais encore par *une facture acceptée*, par *la correspondance*, par les livres des parties, et par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croit devoir l'admettre, il est clair que l'art. 1325 du Code civil n'est point applicable à ces sortes d'affaires. C'est ce qu'a jugé la Cour de Trèves, par arrêt du 30 mai 1810 (1). Nous verrons plus loin à partir de quand l'affaire est censée conclue lorsqu'elle se traite par correspondance.

150. De plus, on regarde bien les contrats de dépôt, de commodat, de mandat et de gage, comme des contrats qui participent de la nature des contrats synallagmatiques, en ce que si le dépositaire, l'emprunteur, le mandataire et le créancier gagiste ont fait quelque dépense pour la conservation de la chose, ou pour l'exécution du mandat, ils ont une action pour être indemnisés, ce qui fait que Pothier appelle ces contrats *synallagmatiques imparfaits* (2); mais il n'est cependant pas nécessaire que l'acte sous seing-privé qui les constate soit fait en double original : il suffit que le déposant, etc., ait un titre pour réclamer la chose déposée, et

---

(1) Denevers, 1811. Suppl., pag. 136.

(2) *Voyez* ce que nous avons dit sur la nature de ces contrats au tome X, n° 68.

l'art. 1985 porte que le mandat peut être donné par *lettre*. La plupart des procurations reçues par notaires sont même délivrées en brevet. Aussi la doctrine des *doubles* n'a-t-elle jamais été étendue à ces contrats, parce que les obligations qui peuvent en résulter pour le déposant, le mandant, etc., sont généralement des obligations qui naissent après le contrat, *ex post facto*, du fait même des dépenses. Toutefois, en matière de dépôt et de commodat, il faut observer le prescrit de l'article 1326, ainsi que nous le dirons plus loin.

Quant à l'application de l'article 1325, il ne pourrait y avoir de doute que dans le cas où le dépositaire où le mandataire aurait *stipulé* un salaire, ce qui est autorisé par le Code (art. 1928 et 1999), sans que le contrat cesse pour cela d'être un véritable contrat de dépôt ou de mandat ; à la différence des principes purs du droit romain, où l'affaire, par cette circonstance, aurait passé au nombre des contrats innommés, *contractus innomminati*, et où les actions, par conséquent, auraient été différentes. La stipulation de ce salaire donne en effet au contrat le caractère d'un véritable contrat synallagmatique, puisque les deux parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre (art. 1102). Néanmoins, même dans ce cas, nous ne croyons pas qu'il y ait nécessité de faire l'acte en double oaiginal, puisque, quant au mandat, l'article 1985 porte indistinctement qu'il peut être donné même par lettre; et quant au cas de dépôt,

il y a parité de motifs. Il y a d'ailleurs une raison particulière pour le décider ainsi, c'est que ces deux contrats peuvent cesser à la volonté du déposant ou du mandant (art. 1944 et 2004); en sorte que l'obligation de ceux-ci de payer le salaire n'aura que la durée qu'ils voudront lui donner, à la charge, bien entendu, de payer ce qu'il y aura d'échu du salaire. Aussi ne faudrait-il pas étendre cette décision à un louage d'ouvrage : l'acte devrait être fait en double original; car non seulement le contrat est parfaitement synallagmatique, mais, de plus, irrévocable de sa nature.

151. Et l'acte doit être fait en double non seulement dans les contrats où chacune des parties s'oblige à faire ou à donner quelque chose qu'elle ne donne pas ou qu'elle ne fait pas actuellement, mais encore dans les conventions où l'une d'elles seulement s'oblige à faire ou à donner quelque chose dans un certain temps, quand l'autre, de son côté, renonce pour cela à certains droits, à certaines prétentions; car cette renonciation est un engagement, pour cette partie, de ne pas demander la chose à laquelle elle renonce : c'est une obligation *de ne pas faire telle chose*, mise en balance avec l'obligation de l'autre partie, de faire ou de donner telle autre chose; ce qui donne parfaitement à la convention le caractère de convention synallagmatique. De même, les conventions par lesquelles chacune des parties renonce à certains droits, sans

même s'obliger à rien payer ensuite, sont aussi des conventions synallagmatiques, et l'acte qui les constate doit être fait en double original : aussi toutes les transactions, et autres conventions analogues, veulent-elles être faites en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, si l'acte est sous seing-privé.

152. Ainsi, il y a convention synallagmatique, et en conséquence l'acte doit être fait en double original, lorsqu'un tiers se rend caution d'une dette déja exigible, sous l'engagement pris par le créancier de n'en exiger le paiement qu'à l'expiration d'un terme convenu, ou de renoncer à des poursuites commencées contre le débiteur, ou sous tout autre engagement. La caution ne s'étant obligée que sous la foi de cet engagement, il ne doit pas être laissé au libre arbitre du créancier d'en profiter si cela lui semble avantageux, et cependant de ne pas exécuter la condition sous laquelle le cautionnement a été donné, en renonçant au bénéfice de ce cautionnement, si cela entrait ensuite mieux dans ses intérêts; or, c'est ce qu'il pourrait faire sans obstacle sérieux si lui seul avait un acte. La question a été jugée plusieurs fois en ce sens : à la Cour de Paris, le 16 décembre 1814, et à la Cour de Douai, le 27 août 1817. Ces deux décisions ont été confimées en cassation, la première, par arrêt de la section civile, rendu après un mûr délibéré, le 14 mai 1817; et la seconde, par arrêt de

la section des requêtes, du 23 juillet 1818 (1).

153. D'après cela, un traité fait entre un mineur devenu majeur, et son tuteur, par lequel le tuteur s'oblige à payer une somme de..., moyennant quoi le mineur renonce à toute répétition et réclamation pour faits de tutelle, doit, même pour être obligatoire pour le tuteur, être fait en double original, s'il est fait par acte sous seing-privé; car, quoique l'ex-mineur ne s'y oblige pas à payer quelque chose de son côté, l'acte n'aura pas moins le caractère d'une convention synallagmatique, par les renonciations qui y sont faites. Autre chose serait, selon nous, un simple arrêté de compte; dans ce cas, l'acte, bien que fait simple, serait valable comme reconnaissance de la part du tuteur, quoiqu'il soit, au reste, plus prudent, et plus avantageux pour celui-ci, de le faire en double original, et de remplir les conditions voulues par l'art. 472, afin que l'ex-mineur ne revienne pas sur les faits de la tutelle.

Cela s'applique aussi, en général, à d'autres gestions.

154. Nous avons dit qu'il suffit d'un seul ori-

---

(1) Ces divers arrêts et les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, sont rapportés au Répertoire de M. Favard de Langlade, vº *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 2.

Cependant, d'après un arrêt de cassation du 26 octobre 1808, rapporté aussi au même endroit, il semblerait que ce n'est pas dans tous es cas où l'une des parties renonce à quelque droit déja acquis, qu'il est nécessaire de faire l'acte en double original; mais cet arrêt a été rendu dans une espèce particulière, et le principe n'en est pas moins vrai.

ginal pour toutes les personnes qui ont le même intérêt. Or, deux associés qui traitent avec un tiers ont le même intérêt, c'est-à-dire un intérêt commun ; l'intérêt de l'un d'eux n'est point *distinct* de celui de l'autre.

Il en est de même de deux copropriétaires d'une maison, par exemple, qui traitent avec un entrepreneur ou architecte, pour y faire des réparations ou constructions : ils sont en quelque sorte associés quant à la maison.

Il faudrait même le décider ainsi dans le cas de vente de la maison : un seul original suffirait pour les deux copropriétaires vendeurs. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 2 mars 1808 (1), a décidé que des enfans cohéritiers traitant avec leur mère relativement à ses reprises sur la succession de son mari, ne sont pas censés avoir des intérêts distincts et séparés, lorsqu'aucun d'eux n'élève de prétentions qui lui soient exclusivementp ersonnelles ; et qu'en ce cas, il suffit d'un seul original pour tous les cohéritiers.

Par la même raison, deux personnes qui achètent en commun un même objet, pour un seul et même prix, sont censées aussi avoir le même intérêt. Elles forment entre elles une société quant à la chose achetée, *nam societatem coire et* RE *et verbis*... L. 4, ff. *pro socio*. Un seul original pour elles suffit donc.

---

(1) Sirey, 1808-1-232.

Sans doute, dans ces divers cas, la personne à laquelle l'original est remis peut, en s'entendant avec l'autre partie, se jouer de la convention au préjudice de son cointéressé ; mais c'est la faute de ce dernier de n'avoir pas exigé un double, et d'avoir mal placé sa confiance. En disant qu'un seul original suffit pour tous ceux qui ont *le même intérêt*, l'art. 1325, en effet, ne peut pas vouloir entendre uniquement par là ceux qui auraient à eux seuls, et chacun d'eux pour le tout, la totalité du droit qui est l'objet du traité, puisque deux personnes ne peuvent pas plus avoir, chacune d'elles, la totalité d'une chose ou d'un droit, dans toute l'étendue de ce mot, que deux personnes ne peuvent siéger simultanément à la même place, pour nous servir de la comparaison du jurisconsulte Paul, au sujet de la possession : *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quàm ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto ; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* L. 3, § 5, ff *de acquir. vel amitt. poss.* Les créanciers solidaires eux-mêmes, pour lesquels assurément un seul original suffirait, n'ont pas chacun la totalité du droit, dans toute l'étendue du mot, puisque chacun n'a pas le pouvoir d'en faire remise pour la totalité, ni de déférer au débiteur le serment pour la totalité. (Art. 1198 et 1365.)

Par *le même intérêt*, l'art. 1325 entend donc les cas où l'intérêt de l'une des parties est lié à celui de l'autre, loin de l'exclure ; ce qui aurait précisé-

ment lieu si l'une d'elles avait absolument *tout* le droit.

155. Mais lors même que plusieurs ont un intérêt commun, pour qu'ils soient valablement obligés par l'acte, il n'en faut pas moins que cet acte soit signé par tous sur le double de l'autre partie; autrement il n'y aurait d'obligés que ceux qui l'auraient signé.

Il faut excepter toutefois le cas où celui ou ceux qui auraient signé avaient mandat des autres pour traiter.

Aussi, dans les sociétés commerciales en nom collectif, la signature du gérant, sous la raison sociale, oblige tous les associés, même solidairement. (Art. 22, Cod. de comm.)

156. Au surplus, il n'est pas nécessaire que tous les doubles soient signés par tous les contractans. Il arrive même souvent que l'on ne signe pas celui que l'on garde, et quand bien même la partie viendrait à mourir avant de l'avoir signé, ou que l'autre partie n'aurait pas signé le sien, l'acte n'en serait pas moins bon pour cela. C'est ce qu'a jugé le parlement de Paris, à l'époque même où il s'est si décidément prononcé pour cette doctrine abstruse des doubles (1). En effet, le double que je retire n'a pas pour objet de m'obliger; dès lors, à quoi bon est-il nécessaire que je le signe.

---

(1) Arrêt du 27 mars 1658, Denizart, v° *Doubles*.

157. Le Code ne prescrit pas non plus de revêtir d'un *approuvé l'écriture* le double que l'on n'a pas écrit soit-même, quoiqu'il soit d'usage de le faire, et utile pour l'autre partie de l'exiger, afin que la signature soit moins facilement déniée ou méconnue.

158. Il n'exige pas non plus que celui qui n'a pas écrit le double remis à l'autre partie, y mette un *bon* ou un *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise, ainsi qu'il l'exige, sous certaines exceptions, par l'article 1326, lorsqu'il s'agit de billets ou de simples promesses unilatérales, non écrits en entier de la main du débiteur : d'où il suit que la nullité de l'acte ne pourrait être demandée pour cette cause. Les nullités ne s'étendent pas d'un cas à un autre.

159. Il n'est pas prescrit non plus de mettre en toutes lettres les sommes ou la quantité des choses promises, ou de mettre un *bon* ou *approuvé* de ces sommes, quoiqu'il soit fort dangereux de les mettre en chiffres, à cause de la facilité de faire des surcharges, additions et suppressions de chiffres. Mais le Code ne contenant aucune disposition à cet égard, et la loi sur le notariat ne portant même, par son art. 13, qu'une simple amende de cent francs contre le notaire qui a mis les sommes ou la date en chiffres, et non la nullité de l'acte, il n'y aurait pas lieu à la prononcer pour cette cause, encore que l'acte ne fût point revêtu d'un *bon* ou

approuvé portant en toutes lettres ou en chiffres la somme ou la quantité de la chose.

160. Comme on l'a vu, l'article 1325 exige qu'il soit fait mention sur chaque original du nombre d'originaux qui ont été faits. C'est afin que la partie qui ne voudrait pas exécuter la convention ne prétendît, en supprimant son double, que l'acte n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct; qu'ainsi n'ayant eu de son côté aucun moyen de contraindre l'autre partie à l'exécution de la convention, elle ne doit pas elle-même y être contrainte. Mais lorsqu'elle a exécuté l'engagement, alors, d'après l'article 1325 lui-même, elle est non recevable à opposer le défaut de mention du nombre d'originaux qui ont été faits. Elle a démontré par là qu'elle se regardait comme suffisamment liée.

161. Dans le cas même où l'acte n'aurait réellement pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, et que cela serait avoué, celle qui a exécuté de son côté la convention portée dans l'acte ne peut non plus opposer le défaut réel de doubles originaux, quand bien même ce ne serait pas à elle que l'acte simple aurait été remis, et quoiqu'il l'eût été à l'autre partie, et non à un tiers pour le garder en dépôt.

Peu importe que l'article 1325, dans sa dernière disposition, ne parle que *du défaut de mention* du nombre d'originaux qui ont dû être faits, comme

purgé par l'exécution volontaire, et qu'il garde le silence sur le défaut réel de doubles, triples originaux, etc.; car l'article 1338 porte, d'une manière générale, que l'exécution volontaire, à l'époque déterminée par la loi emporte, la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte sujet à nullité ou à rescision.

La Cour de Gênes avait toutefois jugé le contraire, dans l'espèce d'un compromis non fait double, et exécuté par celui qui ensuite en demanda et obtint la nullité; mais sa décision a été cassée, par arrêt du 15 février 1814, en ces termes :

« Vu le § 1er de l'article 1325 et le § 3 de l'ar-
« ticle 1338 du Code civil; et attendu qu'aux termes
« du dernier de ces articles, l'exécution volontaire
« des conventions emporte la renonciation aux
« moyens et exceptions que l'on aurait pu opposer
« aux actes qui les contiennent; que cette disposi-
« tion générale est applicable à tous les cas, à moins
« d'une exception expresse, qu'il n'en existe point
« par rapport aux actes privés et synallagmatiques
« non écrits en autant d'originaux qu'il le faut;
« qu'on ne peut pas même l'induire du silence de
« l'article 1325 cité, sur l'effet de l'exécution volon-
« taire de ces actes; qu'au contraire le motif de la
« disposition finale de cet article s'applique tout
« aussi bien au défaut réel du nombre des origi-
« naux prescrits, qu'au défaut de mention de ce
« nombre; attendu qu'il est constaté par l'arrêt

« attaqué, qu'il y a eu de la part du défendeur exé-
« cution volontaire de l'acte du compromis, qu'ainsi
« la nullité de cet acte, qui résulte du défaut de
« doubles originaux, était couverte à son égard, et
« qu'elle n'a pu être prononcée par l'arrêt attaqué,
« que par une fausse application de la première
« partie de l'article 1325, et par une violation ex-
« presse de la troisième partie de l'article 1338
« du Code civil : par ces motifs, la Cour casse et
« annule l'arrêt rendu entre les parties par la Cour
« d'appel de Gênes, le 12 décembre 1812, et tout
« ce qui a pu s'ensuivre. »

Un autre arrêt de la même Cour, mais de simple rejet de pourvoi, du 13 février 1812 (1), avait déja décidé que la comparution volontaire devant des arbitres nommés par un compromis non fait double, est une exécution du compromis, et couvre la nullité résultant du défaut de double exigé par l'article 1325 du Code.

Ainsi, il est désormais bien constant que l'exécution volontaire couvre également et le défaut réel de double, et le défaut de mention que l'acte a été fait double, triple, etc. Le défaut de cette mention ramène en effet la question au cas où l'acte n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, par la facilité qu'a l'une des parties, en supprimant ou cachant son double, de prétendre que l'acte a été fait simple ; or, si

(1) Sirey, 1814-1-155.

l'exécution volontaire de sa part la rend non recevable à opposer le défaut de mention que l'acte a été fait en double original, par le même motif elle doit la rendre non recevable à opposer le défaut réel de doubles, puisque, au fond, c'est ce dont elle se plaindrait dans un cas comme dans l'autre.

162. Et quoique l'une des parties seulement ait payé, fait ou donné, l'exécution de l'acte n'en doit pas moins, dans la plupart des cas, être considérée comme commune à tous deux, pour y avoir concouru également, l'une en payant, l'autre en recevant. Par exemple, on ne doit pas douter que le vendeur ne doive être considéré comme ayant exécuté la vente, en recevant tout ou partie du prix de la chose vendue, quoiqu'il ne l'ait point encore livrée; et, *vice versâ*, que l'acheteur n'ait exécuté le contrat, en recevant tout ou partie de la chose vendue, quoiqu'il n'ait encore rien payé du prix. Car, à quelle autre fin que celle de l'exécution de l'acte, l'un aurait-il reçu la somme, et l'autre la chose? C'est bien là une approbation tacite de la convention, et il en doit naître une fin de non-recevoir à critiquer désormais l'acte destiné à la constater.

163. Mais *quid juris* lorsqu'il n'y a pas encore eu d'exécution, et que l'acte n'a pas été fait suivant le vœu de l'article 1325?

Ce qui a été dit plus haut sur le cas de l'acte authentique nul par l'incompétence ou l'incapacité

de l'officier public, ou par un défaut de forme, et qui ne vaut pas non plus comme écriture privée, faute d'avoir été signé par toutes les parties qui y ont contracté des obligations, est également applicable ici. En conséquence, il faut distinguer si les parties ont entendu ne traiter que par l'écrit qui a eu lieu, *in scriptis*, suspendant ainsi l'effet de leur consentement jusqu'à la rédaction de l'acte, qui devait non seulement le constater, mais encore le sanctionner; ou bien si elles ont traité d'abord purement et simplement, d'une manière définitive, et n'ont ensuite rédigé un acte que pour la preuve seulement de leurs engagemens? et pour apprécier leur intention à cet égard, les circonstances de l'affaire, qui peuvent varier à l'infini, serviront de guide aux juges.

Les développemens dans lesquels nous sommes entré à ce sujet au tome X, nº 84 et suivans, en rapportant le sentiment de Vinnius, de Pothier, du président Fabre et de quelques autres jurisconsultes, peut généralement conduire à la solution de la question.

En effet, l'acte et la convention ne sont pas une seule et même chose, puisque les conditions *essentielles* à la validité des conventions en général (1), sont celles-la seulement qui sont fixées par

(1) Nous disons *en général*, parce que, dans quelques cas, comme ceux de donation entre-vifs, les contrats de mariage, les conventions d'hypothèques, il faut même un acte authentique pour la validité de la convention.

l'article 1108, et développées dans les articles suivans, c'est-à-dire, le consentement des parties, la capacité de s'obliger, un objet à l'obligation, et une cause licite de l'engagement; car l'on consent valablement même sans écrit, puisque la preuve par écrit n'est pas la seule que le Code ait admise. Il ne parle même des *actes*, au chapitre VI de ce titre, que comme *preuve* des obligations et de leur paiement, et non comme condition essentielle à leur validité; et s'il est dit dans l'article 1341 « qu'il doit être passé acte devant notaire ou sous « signature privée, de toutes choses excédant la « somme ou valeur de 150 francs, » c'est seulement quant à la preuve, et pour établir que celle par témoins ne peut, en principe, être reçue au delà de cette valeur, mais nullement pour faire des actes ou écrits une condition *nécessaire* à la validité des conventions ordinaires. Aussi l'orateur du gouvernement disait-il au Corps législatif, en présentant le projet de loi sur la *vente* à son approbation : « L'écriture n'est exigée dans la vente « que *tantùm ad probationem*, et la vente aura « tout son effet, s'il conste d'ailleurs de son exis- « tence; mais la preuve n'en pourra avoir lieu que « conformément aux règles touchant la preuve « des conventions. »

D'après cela, l'on doit dire que si les parties ont eu l'intention de ne traiter que par écrit, *in scriptis*, et de suspendre, en conséquence, leur consentement jusqu'à la rédaction d'un acte complet

par leurs signatures, il n'y a point de contrat, point d'obligation, si l'acte qu'elles ont fait est nul, puisque c'est comme s'il n'y en avait pas eu du tout; c'est comme si l'une d'elles s'était refusée à en passer un, ce qu'elle pouvait très bien faire, dans cette hypothèse, ainsi que nous l'avons démontré à l'endroit précité, en citant à cet égard la loi 17, au Code, *de fide instrumentorum*, dont la décision est reproduite aux Institutes, tit. *de emptione et venditione*. La convention ainsi suspendue n'était qu'un projet, que l'acte nul n'a pu réaliser. La partie assignée en exécution de cette convention, et interrogée sur faits et articles, à la requête du demandeur, ou à qui celui-ci déférerait le serment sur l'existence même de cette convention, pourrait donc avouer ce qui s'est passé sans craindre d'être condamnée; car son aveu et son serment ne sauraient être divisés.

Mais si, au contraire, il y a eu convention arrêtée définitivement avant de passer l'acte, de manière que cet acte ne devait servir que pour la prouver, et non pour la compléter et la sanctionner; si les parties, en un mot, ont réglé toutes les conditions de leur traité, si les paroles ont été données de part et d'autre, et que l'on ait remis à un autre jour à passer l'acte, parce que l'on ne pouvait pas, par telle ou telle circonstance, le passer dans le moment : alors la convention, ainsi parfaite, doit recevoir son exécution, si elle est prouvée par d'autres moyens que l'acte. Car il se-

rait contraire à la raison que cet acte, qui a été fait ensuite pour en fournir la preuve, servît à la détruire. Dès qu'il est nul, il doit purement et simplement être écarté de la cause.

Or, les conventions peuvent être établies par témoins, lorsqu'il ne s'agit pas d'une valeur excédant 150 francs, et elles peuvent l'être aussi, quelle que soit la valeur de l'objet, par l'aveu des parties, et par le serment ou le refus de le prêter, puisqu'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, *encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.* (Art. 1358 et 1360 combinés.)

Si donc l'une des parties prétend que la convention a été pleinement arrêtée avant l'acte, que cet acte n'a ensuite été fait que pour la preuve, elle est en droit, selon nous, de faire interroger l'autre sur ce fait, et de lui déférer le serment, soit que l'acte fait simple lui ait été remis ou qu'il l'ait été au défendeur, soit qu'ayant réellement été fait double, la mention du nombre des originaux qui en ont été faits ne se trouve pas sur le double qui a été produit. Et si la partie interrogée avoue que la convention a été arrêtée, conclue définitivement avant l'acte, ou si celle à qui le serment a été déféré par l'autre, refuse de le prêter, sans le référer à son adversaire, elle doit être condamnée a exécuter l'engagement. Mais si elle soutient, au contraire, qu'elle n'a entendu être obligée que par l'acte, cet acte étant nul, il n'y a pas d'obligation, car son

aveu ou son serment ne doit pas être divisé. Tels sont, nous le croyons, les vrais principes.

On prétend toutefois que le serment ne doit pas pouvoir être déféré dans ce cas, parce que, dit-on, la loi actuelle exige évidemment qu'il y ait égalité de position entre ceux qui forment des conventions synallagmatiques, et que cette égalité de position n'existe pas lorsque l'une des parties seulement est munie d'un titre qui peut servir à confondre son adversaire, à le convaincre de parjure, si celui-ci prête un faux serment, tandis qu'elle n'aurait rien à craindre de semblable, si c'était à elle que le serment fût déféré, et que ce fût à elle aussi que l'acte fait simple eût été remis; qu'en pareil cas la convention est nulle comme l'acte lui-même, ou, en d'autres termes, que l'acte et la convention ne forment qu'une seule et même chose : d'où il suit qu'il n'y aurait pas même lieu à faire interroger sur faits et articles, que ce serait le cas de l'adage *frustrà probatur quod probatum non relevat.*

A cela nous repondrons que, d'après la distinction ci-dessus, il y a égalité de position entre les parties. En effet, celle à qui le serment serait déféré par celle qui a en sa possession l'acte fait simple, ne succomberait pas en avouant ce qui s'est passé, si la convention n'avait réellement pas été définitivement arrêtée avant l'acte; et elle ne pourrait être considérée comme ayant prêté un faux serment pour avoir, dans cette hypothèse, juré qu'il n'y a pas eu convention définitive; que la conven-

tion était subordonnée à la confection et perfection d'un acte, et que cet acte n'a point été fait d'une manière parfaite ; qu'elle n'a entendu s'obliger que sous cette condition, qui ne s'est point réalisée ; car, comme nous l'avons déja dit, son aveu ou son serment ne saurait être divisé. Mais si sa conscience s'oppose à ce qu'elle fasse sa déclaration en ces termes, parce que la convention a réellement été arrêtée et parfaite avant la rédaction de l'acte, nous disons, d'après les principes développés ci-dessus, que cette partie n'est point dans une position judiciaire différente de celle de l'autre partie, puisqu'elle eût pu également déférer le serment, le serment pouvant être déféré généralement en toute matière, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est déféré. (Art. 1358 et 1360.)

D'ailleurs, en admettant que, par le fait, il y eût inégalité de position sous ce rapport entre les parties, ce que nous ne croyons pas, parce que nous n'avons à nous occuper que de leur *position judiciaire* et non de leur *position morale*, on dira avec raison que c'est tant pis pour celle qui se retranche dans un vice de forme, pour se refuser à exécuter un engagement dont on la fait juge elle-même. Lorsqu'on a introduit cette doctrine des doubles, assurément on n'a pas entendu exclure le serment décisoire, et les articles 1358 et 1360 sont aussi la preuve que les rédacteurs du Code ne l'ont pas non plus voulu.

164. Mais l'acte dont il s'agit ne pourrait, selon nous, servir de commencement de preuve par écrit, soit pour faire admettre la preuve testimoniale, soit pour autoriser le juge à déférer le serment supplétoire, ou à se décider par le secours de présomptions graves, précises et concordantes ; il doit être écarté de la cause. Le Code exige égalité de position et de moyens de preuve dans ceux qui forment des conventions obligatoires de part et d'autre, et cette condition manque évidemment à l'égard de la partie qui n'a pas eu d'acte, ou qui est censé n'en avoir pas eu, si celui qui est produit par l'autre partie ne contient pas la mention du nombre d'originaux qui ont dû être faits. D'ailleurs, la preuve morale étant complète par l'acte lui-même, la preuve testimoniale ne serait plus qu'un vain simulacre, dont l'admission, quoique bien superflue pour opérer la conviction des juges, aurait pour effet de rendre obligatoire à l'égard de l'une des parties seulement, un engagement dont l'autre pouvait se jouer à son gré. Que cette dernière défère le serment ; qu'elle fasse aussi interroger son adversaire sur l'existence de la convention arrêtée définitivement avant l'acte, soit : celui-ci pouvait en faire autant ; de sorte que l'égalité de position judiciaire (et la loi n'en exige pas d'autre) existe parfaitement sous ce rapport, ainsi que nous venons de le démontrer. Mais elle n'existerait pas, si l'acte, quoique nul, donnait à l'un d'eux le moyen de faire admettre la preuve

par témoins pour établir la convention, quand l'autre serait privé de cet avantage.

165. Le délai de dix ans depuis l'acte n'en purge pas le vice, selon nous. Comme l'acte n'est point obligatoire, s'il n'a pas été confirmé par l'exécution volontaire de la part de celui à qui on l'oppose, il n'y a pas d'action en nullité ou en rescision à intenter contre ce même acte : par conséquent l'art. 1304 n'est point applicable à ce cas. A toute époque où l'exécution en serait demandée, la partie pourrait opposer qu'elle n'est point liée par cet acte, parce qu'il était nul de plein droit. Il doit être considéré comme n'existant pas.

Art. IV.

Des billets et simples promesses unilatérales.

166. Voyons maintenant la seconde espèce d'acte sous seing-privé dont le Code détermine les effets, ceux qui ne contiennent des obligations que d'un seul côté, à la différence de ceux dont traite l'article 1325, qui en contiennent, au contraire, de réciproques.

« Le billet ou la promesse sous seing-privé, « porte l'art. 1326, par lequel une seule partie « s'engage envers l'autre à lui payer une somme « d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit « en entier de la main de celui qui le souscrit, ou « du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit « de sa main un *bon* ou un *approuvé* portant

« en toutes lettres la somme ou la quantité de la « chose :

« Excepté dans le cas où l'acte émane de mar- « chands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de « journée et de service.

167. C'est, avec quelques modifications, la disposition de la déclaration du 22 septembre 1733, enregistrée le 14 octobre suivant, et qui portait .

« Voulons que tous billets sous signature pri- « vée, au porteur, à ordre ou autrement, *causés « pour valeur en argent*, autre néanmoins que « ceux qui seront faits par des banquiers, négo- « cians, marchands, manufacturiers, artisans, fer- « miers, vignerons, manouvriers, et autres de pa- « reille qualité (1), seront de nul effet et valeur, « si le corps du billet n'est de la main de celui qui « l'aura signé, ou du moins si la somme portée au- « dit billet n'est reconnue par une approbation « écrite en toutes lettres aussi de sa main; faute « de quoi le paiement n'en pourra être ordonné « en justice.

« Voulons néanmoins que celui qui refusera de « payer le contenu auxdits billets ou promesses, « soit tenu d'affirmer qu'il n'en a point reçu la va- « leur; et à l'égard de ses héritiers ou représen-

(1) C'est-à-dire qu'on avait entendu excepter de la disposition, « les actes nécessaires pour le commerce, ou faits par des gens oc- « cupés aux arts et métiers, ou à la culture des terres, » ainsi qu'il était dit dans le préambule de la déclaration.

« tans, ils seront seulement tenus d'affirmer qu'ils « n'ont aucune connaissance que lesdits billets « soient dus. »

La déclaration contenait, en outre, une disposition transitoire pour les billets ou promesses faits antérieurement à sa publication.

168. On avait eu pour objet de prévenir les fraudes et les surprises, qui peuvent facilement se commettre, soit par l'abus d'un blanc-seing confié pour mandat ou autre cause, ou d'une signature trouvée par hasard, soit en portant dans un billet ou promesse véritable une somme plus considérable que celle qui était due, ou autre chose que ce qui était dû ; car l'expérience avait démontré depuis long-temps que beaucoup de personnes, par confiance et légèreté, signent des actes sans en lire attentivement le contenu.

Cependant plusieurs jurisconsultes ont pensé que cette loi était également mauvaise, et dans sa disposition principale et dans son exception; qu'elle était bonne seulement en ce qu'elle donnait aux juges un moyen de proscrire, comme *irréguliers*, des actes que leur conscience rejetait comme faux ou comme sans cause réelle, sans en avoir la preuve judiciaire ; mais que, dans beaucoup de cas aussi, elle a servi à des débiteurs de mauvaise foi pour se dispenser d'acquitter les dettes les plus légitimes.

Et quant à la plupart des personnes exceptées

de la disposition, ce sont précisément celles qui peuvent être plus facilement victimes d'une surprise et d'une fraude, à raison de leur peu d'habitude de lire des actes. Mais d'un autre côté, on ne voulait pas les obliger à recourir au ministère d'un notaire pour des obligations ordinairement de peu de valeur.

169. Une précédente déclaration, de 1730, ne s'appliquait pas seulement aux *billets* ou promesses *causés pour valeur en argent*, comme celle de 1733; elle s'appliquait à toute espèce de billets ou de promesses sous seing-privé, même aux *quittances*, et elle ne contenait aucune exception à raison de la qualité des signataires; mais elle ne fût enregistrée qu'aux parlemens de Dijon et de Besançon, et l'art. 1326 ne s'applique pas aux quittances.

170. La déclaration de 1733 ne s'appliquait, disons-nous, qu'aux billets, au porteur, à ordre ou autrement, *causés pour valeur en argent*, tandis que l'art. 1326 du Code s'applique, dans sa disposition principale, à toute espèce de billets ou de promesses, quelle qu'en soit la cause et quelle qu'en soit l'objet, *somme d'argent ou une chose appréciable*. En effet, l'abus d'un blanc-seing peut avoir lieu pour toute autre chose qu'une somme, et à la place d'une somme due, l'on pourrait, par surprise, mettre aussi une autre chose.

171. Aussi a-t-il été jugé, par arrêt de cassation,

du 12 janvier 1814 (1), qu'il s'applique à une reconnaissance de dépôt ; et l'arrêt a décidé en outre :

1° Que la femme d'un marchand n'est pas pour cela seul réputée marchande, et qu'il n'y a pas lieu, en conséquence, de la placer dans la classe des personnes à l'égard desquelles la seconde partie de l'art. 1326 fait exception ;

2° Que, lorsqu'une reconnaissance de dépôt est nulle pour n'avoir pas été faite suivant le vœu de la disposition principale du même article, il n'y a pas lieu d'examiner si le dépôt a profité à l'incapable auquel il a été fait ; que, dans ce cas, l'article 1926 est inapplicable.

Ce dernier point est le seul qui présente quelque difficulté.

Dans l'espèce, une somme de 668 francs avait été remise à titre de *dépôt* à une femme mariée, non autorisée de son mari, qui était marchand. La reconnaissance n'avait pas été écrite en entier de la main de la femme, et elle n'était point non plus revêtue du *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme reçue, par conséquent la somme que la femme était obligée de restituer, de payer.

Après la mort de la femme, la restitution du dépôt fut demandée à son mari, qu'elle avait institué son héritier, et qui opposa que sa femme n'avait pu s'obliger valablement sans être autorisée ; qu'en

(1) Sirey, 1814-1-33.

tout cas, l'acte produit n'était pas conforme au vœu de l'article 1326; qu'il n'avait jamais eu connaissance du dépôt, et qu'il ne connaissait pas la signature de sa femme.

Le tribunal d'Autun déclara la reconnaissance valable en la forme, en quoi nous pensons qu'il avait tort, et il ordonna la vérification de la signature : et « Attendu que, d'après l'article 1923 du « Code civil, le dépôt doit être prouvé par écrit « seulement; que ces sortes d'actes ne sont as- « treints à aucune forme; que l'art. 1326 du même « Code n'est pas applicable à l'espèce; que le fût- « il, la femme Changarnier se trouverait dans l'ex- « ception que contient cet article, puisque son « mari était marchand, et qu'elle suit sa condi- « tion (1); attendu, au regard de la régularité de « l'acte de dépôt dont il s'agit, que, quoique la « femme n'ait pu obliger son mari sans une auto- « risation formelle, il résulte des dispositions de « l'art. 1926 du même Code qu'elle a pu s'enga- « ger elle-même; que par la loi de l'équité, si elle « existait aujourd'hui, elle ne pourrait se sous- « traire à la demande qu'on lui formerait en res- « titution des 668 francs qui ont été portés dans « l'acte dont se prévalent les demandeurs; qu'ayant

(1) Ce qui n'était nullement exact, car il ne s'agissait pas de *nationalité* : aussi l'art. 220 ne répute-t-il la femme marchande publique, que lorsqu'elle fait un commerce distinct de celui de son mari, et non quand elle ne fait que détailler les marchandises de ce dernier.

« institué son mari son héritier, il est passible de « toutes les actions que l'on pourrait avoir contre « elle ; que, quoiqu'on ne puisse faire la revendica- « tion de ce dépôt, il y a action en restitution d'ice- « lui, ayant tourné à l'avantage du dépositaire ; « que ces principes se trouvent établis par les plus « habiles jurisconsultes, et notamment par Pothier, « dans ses Traités *des contrats de bienfaisance et* « *des obligations* : d'où il suit que c'est le cas de « rejeter les exceptions du défendeur. »

Pourvoi en cassation pour contravention à l'article 1326 du Code civil, violation des articles 217 et 225, et fausse application de l'art. 1926 ; et, par arrêt du 10 janvier 1814, cassation et annulation, en ces termes :

« Vu l'art. 1326 du Code civil, et attendu 1° que « si l'art. 1923 du même Code exige qu'un acte « de dépôt ne puisse être constaté que par écrit, « il ne s'ensuit pas que l'acte qui le constate soit « dispensé des formes que la loi a exigées par l'ar- « ticle 1326 ; attendu 2° qu'un écrit portant re- « connaissance du dépôt d'une somme d'argent ne « peut être considéré que comme un acte unilaté- « ral, dont l'effet est d'obliger le dépositaire à « rendre la somme qui lui a été confiée ; d'où ré- « sulte que s'il n'est pas écrit de la main du dépo- « sitaire, il ne peut être valable que par l'appro- « bation de la somme y énoncée ; attendu 3° que « le jugement attaqué n'énonce point que la femme « Changarnier fît un commerce séparé, ni même

« qu'elle fût dans l'usage de tenir les écritures ou « de signer pour son mari, et qu'en conséquence « il a faussement appliqué à l'espèce de la cause « l'exception énoncée audit article 1326, sous le « seul prétexte que la femme suivant la condition « de son mari qui était marchand, n'était point « obligée de se conformer à la première disposi- « tion du même article ; attendu 4° qu'en appli- « quant à la même espèce la disposition de l'ar- « ticle 1926 du même Code, sous le prétexte que « la femme Changarnier avait profité de la somme « déposée, le jugement attaqué a commis une er- « reur de droit, en ce que cet article suppose né- « cessairement que le dépôt fait à la personne « incapable l'a été dans une forme qui l'aurait va- « lablement obligée sans son incapacité, et que, « dans l'espèce, la femme Changarnier eût-elle été « libérée de la puissance maritale, n'aurait pu « être valablement obligée en vertu d'une recon- « naissance qui ne contient point d'approbation « de la somme déposée ; la Cour casse et an- « nule, etc. »

Au surplus, comme l'obligation qui naît d'un dépôt se forme par la remise de la chose, et non par l'écrit, si la réalité du dépôt fait à l'incapable était établie par d'autres voies ; s'il était pareillement justifié que la chose a tourné en tout ou partie à son profit, il n'est pas douteux que l'incapable n'en fût tenu, nonobstant la nullité de l'acte fait pour constater le dépôt. Mais dans l'es-

pèce, le jugement ne constatait pas d'une manière spéciale que la femme, ou son mari, s'était enrichie du dépôt réclamé.

172. La Cour de cassation a pareillement jugé, par arrêt de cassation, le 7 juin 1793, que la déclaration de 1733 s'appliquait à un arrêté de compte. Il y a bien moins de doute que l'art. 1326 ne s'y applique, puisqu'il est applicable à toute promesse de payer une somme ou une chose appréciable, et non pas seulement, comme la déclaration, aux billets ou promesses *causés pour valeur en argent.*

173. Sa jurisprudence n'a toutefois pas été uniforme sur le point de savoir si la déclaration s'appliquait aux actes portant constitution de rente, ainsi qu'on peut le voir par deux arrêts, l'un du 17 thermidor an x (1), rendu dans le sens de l'affirmative, et l'autre du 13 fructidor an xi (2), rendu dans le sens de la négative. On s'est, en général, déterminé par les circonstances de la cause. Mais sous le Code, il ne peut être douteux que ces actes ne soient soumis aux mêmes conditions et formalités que les autres actes portant promesse par une seule partie de payer une somme ou *une chose appréciable.*

174. Bien mieux, la Cour de Paris a décidé

---

(1) *Jurisprudence du Tribunal de cassation*, an x, 1re part., p. 353,
(2) Sirey, tome IV, part. 2, pag. 25.

qu'une reconnaissance d'argent prêté, faite dans un bail sous seing-privé, était soumise à la disposition de l'art. 1326. La surprise peut en effet exister dans ce cas comme dans celui d'une promesse ordinaire.

175. Cette Cour avait jugé, le 8 pluviôse an x (1), que la déclaration de 1733 était inapplicable à l'obligation particulière d'une caution, dans une espèce où, bien entendu, le débiteur principal était régulièrement obligé; autrement la caution aurait pu invoquer l'exception de nullité, qui eût été réelle. Mais la Cour de cassation, au contraire, a décidé, par arrêt de cassation, le 18 février 1822 (2), que le cautionnement donné par une femme non marchande publique, à un billet à ordre souscrit par son mari non commerçant, était nul, parce que ce cautionnement, non écrit par elle, n'était pas revêtu d'un *bon* ou *approuvé* de sa main portant en toutes lettres la quantité de la chose cautionnée, quoiqu'il y eût d'ailleurs au bas un *approuvé l'écriture* de sa main, et mis avant sa signature. Cette approbation, en effet, n'était pas celle exigée par la loi.

Ainsi, cet arrêt juge nettement que le cautionnement sous seing-privé qui n'est pas un acte de commerce est soumis à la disposition de l'article

---

(1) Sirey, tome II, pag. 318.

(2) *Voyez* l'arrêt dans le Répertoire de M. Favard, vº *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 3, nº 8.

1326, encore qu'il soit donné à la suite de l'acte cautionné. Et il faudrait le décider ainsi quoiqu'il fût donné dans le corps même de l'acte : la caution doit mettre aussi son approbation, en toutes lettres, de la somme ou de la quantité de la chose pour laquelle elle cautionne le débiteur, si l'acte n'est pas écrit en entier par elle, et si elle ne se trouve pas d'ailleurs dans la classe des personnes exceptées de la disposition.

176. Autre chose serait du cautionnement ou de l'aval mis, même par un non commerçant, à un billet à ordre souscrit par *un négociant* à un autre négociant, ainsi que l'a jugé la même Cour, par arrêt de cassation, le 25 janvier 1814 (1). Les tiers, en effet, auxquels le billet est transmis avec l'aval ou cautionnement, ne peuvent connaître la qualité du donneur d'aval, et la bonne foi et la sûreté du commerce exigent que leur titre soit protégé contre ses réclamations, fondées seulement sur l'inobservation du prescrit de l'art. 1326 du Code civil. La *nature* de l'effet cautionné le veut ainsi.

L'on sent qu'il en doit être de même, à plus forte raison, d'un aval mis à une lettre de change, même par un non négociant; car ce donneur d'aval devient par cela même justiciable des tribunaux de commerce comme le souscripteur de la lettre : il fait par là acte de commerce.

---

(1) Rapporté au Répertoire de M. Favard, vº *Aval*, nº 4.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé, le 10 messidor an XI, que la déclaration de 1733 ne s'appliquait pas, dans sa disposition principale, aux lettres de change souscrites même par des non négocians.

Au lieu qu'elle a décidé, au contraire, le 27 janvier 1812, qu'elle s'appliquait, ainsi que l'article 1326, aux billets même à ordre souscrits par des non négocians.

C'est la différence qui existe entre ces deux espèces d'effets qui a motivé la diversité de ces décisions. Celui qui, quoique non commerçant, souscrit une lettre de change, a-t-on dit, se place tellement dans la classe des commerçans quant aux conséquences de son engagement, qu'il est justiciable des tribunaux de commerce, et contraignable par corps, comme le serait un commerçant; tandis que le souscripteur d'un billet à ordre est si peu réputé commerçant pour ce fait, qu'il n'est pas justiciable du tribunal de commerce, à moins que le billet n'ait eu pour cause une opération commerciale; seulement si le billet a des signatures de commerçans et de non commerçans, le tribunal de commerce est bien compétent pour en connaître, mais il ne peut prononcer la contrainte par corps que contre les individus commerçans et ceux qui se sont engagés pour opération de commerce. Tout cela ressort de la combinaison des articles 632, 636 et 637 du Code de commerce.

Mais si la lettre de change était réputée simple promesse, aux termes des articles 112, 113 et 114

du même Code, alors l'article 1326 du Code civil serait applicable soit au signataire, soit au donneur d'aval, sauf les exceptions tirées de la qualité des personnes.

178. Et l'on doit même décider que la disposition principale s'applique au billet à ordre souscrit par un non commerçant, quoique pour fait de commerce; car ce n'est pas un fait isolé de commerce qui constitue le commerçant; c'est l'habitude des opérations commerciales (art. 1er, Cod. de comm.); or, l'art. 1326 n'établit l'exception qu'en raison de *la qualité de la personne*, et non en raison de *la nature de l'affaire.* Si nous avons décidé le contraire dans le cas d'un aval ou cautionnement mis par un non commerçant à un billet à ordre souscrit par un commerçant à un autre commerçant, c'est que, dans ce cas, l'effet lui-même était excepté de la disposition principale de l'article, et que les tiers qui l'ont reçu avec l'aval ont dû croire que cet aval était donné suivant le vœu de la loi, étant apposé à un effet affranchi, à raison de la qualité du signataire, de la formalité du *bon* ou de l'*approuvé.*

179. Mais quoique l'article se serve de ces mots, *une seule partie*, il n'en faut pas conclure que l'on a entendu ne prescrire la formalité que pour le cas où le billet ou la promesse ne serait souscrite que par *une seule personne,* parce que la fraude est moins à craindre en effet quand l'écrit est signé par

plusieurs, que lorsqu'il l'est par un seul, et qu'il est bien moins facile d'abuser d'un blanc-seing : la disposition s'applique aux billets ou promesses *unilatérales* souscrites par plusieurs, même solidairement, comme à celles qui ne sont souscrites que par un seul ; ce sont ces promesses que l'on a eues en vue en disant *une seule partie ;* c'est comme si l'on eût dit *d'un seul côté*. L'article 1326 fait opposition à l'article précédent, où il est traité *des conventions synallagmatiques*. Quelques arrêts de Cour royale avaient toutefois jugé le contraire, mais la Cour suprême a fait cesser toute incertitude à cet égard, par ses arrêts du 8 août 1815, et 6 mai 1816 (1), en annulant les décisions des Cours de Paris et de Douai qui avaient, au contraire, jugé valable, même quant à la femme, le billet souscrit solidairement par deux époux, auquel la femme n'avait pas mis le *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme, et qui n'était point écrit de sa main.

180. Ainsi, quand l'un des signataires, solidaires ou non, est commerçant, laboureur, etc., ou que le billet ou la promesse est écrite en entier de sa main, il est bien affranchi de la formalité du *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose promise ; mais l'autre ou les autres signataires qui ne sont point dans l'une des

(1) *Voyez* le premier de ces arrêts, avec l'espèce, au Répertoire de M. Favard, v° *Billet au porteur*, n° 2 ; et le second, dans le Recueil de Denevers, 1816, pag. 257.

classes exceptées, ne sont pas affranchis de cette formalité. Par conséquent, lorsqu'un mari commerçant signe avec sa femme un billet ou une promesse, si la femme, supposée non marchande publique, n'écrit pas elle-même le billet, la formalité est exigée à son égard.

Vainement a-t-on dit, dans un cas où deux époux s'étaient obligés solidairement, que la solidarité rend commun à l'un ce qui a été fait utilement avec l'autre : c'était là une pétition de principes, puisque précisément la question était de savoir s'il y avait solidarité ; or, cela ne pouvait se dire qu'autant que la femme eût été valablement obligée, et elle soutenait, et avec raison, qu'elle ne l'était pas par cet acte.

181. Si l'engagement a été souscrit solidairement, il n'est pas douteux que celui ou ceux qui sont valablement tenus par l'acte, ne puissent être poursuivis et condamnés à payer le total de la dette, puisqu'il en serait ainsi dans le cas où tous les signataires de l'écrit seraient régulièrement obligés (art. 1200). Mais si l'obligation, quoique contractée conjointement par plusieurs, ne l'a néanmoins pas été avec clause de solidarité, il y a du doute sur le point de savoir si ceux qui sont valablement tenus par l'acte, quand d'autres ne le sont pas, peuvent être contraints à payer aussi la part de ces derniers dans la dette ; car on peut dire que c'est comme si les premiers s'étaient obligés seuls à cette même dette. Cependant nous croyons qu'ils

n'en doivent que leur part, parce qu'ils n'ont entendu s'obliger qu'à cela, et le créancier lui-même, qui n'a point exigé la solidarité, ou qui n'a pu l'obtenir, n'a également entendu les avoir pour obligés que pour la part de chacun d'eux dans la dette, eu égard au nombre des signataires de l'acte.

182. Comme on l'a dit plus haut, lorsque l'approbation est exigée, il ne suffit pas qu'elle soit conçue en ces termes : *j'approuve l'écriture ci-dessus ;* il faut une approbation portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, ainsi que l'a décidé plusieurs fois la Cour de cassation, notamment par l'arrêt de cassation du 18 février 1822, cité au même endroit ; et l'on jugeait de la même manière dans l'ancienne jurisprudence, comme on peut le voir dans Denizart, v° *Billets*.

183. Mais de ce que l'approbation doit être mise *en toutes lettres*, lorsqu'elle est requise, il ne faut pas conclure de là que l'acte serait nul par cela seul que la somme ou la quantité de la chose serait mise en chiffres dans le corps de l'acte, écrit en entier de la main du débiteur, ou souscrit par un commerçant, etc., et qui, pour cette cause, ne serait point revêtu d'un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres cette somme ou cette quantité ; car ni l'article 1326 ni aucun autre ne prescrivent de mettre les sommes en toutes lettres. Il y a sans doute beaucoup de danger à les mettre en chiffres, et plus encore dans ces sortes d'actes que dans les

actes faits en doubles ou triples originaux; mais enfin le Code ne défend pas de le faire, et la loi du 25 ventôse an XI (art. 15), ne prononce même qu'une simple amende contre le notaire qui a mis les sommes ou les dates en chiffres.

184. Pour juger si le signataire d'un acte était affranchi de la formalité du *bon* ou *approuvé*, il est nécessaire de s'attacher à la qualité qu'il avait lors de l'acte, et non pas à celle qu'il avait au temps de l'échéance de la dette, ou au temps de la demande en paiement. Ainsi, par exemple, s'il était commerçant lors de l'acte, quoiqu'il ait depuis cessé de faire le commerce, il ne pourra pas exciper de l'absence de la formalité; comme, en sens inverse, il pourra en exciper, s'il n'est devenu commerçant que depuis l'acte.

La question relative à la qualité de la personne au moment de l'acte, est une question de fait, qui par conséquent est dans le domaine du juge, dont la décision peut bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais qui serait à l'abri de la censure de la Cour suprême.

Mais lorsque le jugement déclare l'acte valable, comme n'étant pas dans le cas de l'application de la disposition principale de l'article 1326, à cause de la profession du signataire, il est nécessaire qu'il constate en fait cette profession.

185. L'acte nul pour contravention à l'art. 1326 ne devient pas valable par le silence du sous-

cripteur pendant dix ans depuis le jour où il a été souscrit, et même depuis l'échéance : l'article 1304 n'est pas applicable à ces actes, attendu qu'ils ne prouvent pas plus la réalité de la dette après les dix ans de leur date, que dans les dix ans. Ce n'est pas par *action* en nullité ou en rescision que procède celui à qui on l'oppose, c'est par *exception* de nullité de ce même acte considéré comme preuve de l'obligation dont le paiement est demandé : c'est comme preuve qu'il est présenté, c'est comme preuve qu'il est écarté, car cette preuve n'a pas plus de force aujourd'hui qu'au temps où l'acte a été souscrit; ce qui fait que l'article 1304 précité est étranger à la cause. S'il en était autrement, celui qui aurait commis une surprise ou abusé d'un blanc-seing, attendrait que dix ans fussent écoulés pour agir.

186. Il reste à traiter, sur les billets ou promesses irrégulières, les questions de savoir :

1° Si le créancier peut déférer le serment au défendeur sur le fait de la dette?

2° S'il peut le faire interroger sur faits et articles ?

3° Si l'écrit peut servir de commencement de preuve, propre à faire admettre la preuve par témoins, ou à autoriser le juge, en vertu de l'article 1353, à se décider d'après les présomptions que la loi abandonne à sa prudence et à ses lumières ?

187. Quant à la première question, elle n'aurait pas fait l'ombre d'un doute sous l'empire de la dé-

claration de 1733, qui réservait formellement au demandeur le droit de déférer le serment au défendeur, pour qu'il eût à déclarer s'il n'avait pas reçu la valeur, et qui l'autorisait même à le déférer à ses héritiers, pour qu'ils eussent à déclarer s'ils estimaient que le billet était dû ou non ; et, selon nous, elle n'en devrait pas faire davantage sous le Code. Cependant, un arrêt de la Cour de Paris, du 5 septembre 1816 (1), réformant un jugement du tribunal de première instance de la Seine, qui avait regardé l'acte comme un commencement de preuve par écrit, propre à faire admettre la preuve testimoniale, a décidé, par un de ses considérans (et sans nécessité dans la cause, puisque ce n'était pas le point de la contestation soumise à la Cour), qu'il n'y a pas même lieu, sous le Code, à déférer le serment au défendeur : « attendu, dit l'arrêt, que « la formalité prescrite par l'article 1326 du Code, « est véritablement constitutive de l'acte, et que « son omission ne produit pas uniquement une pré- « somption de simple surprise, mais une présomp- « tion absolue ;

« Que cela résulte, d'une part, de la combinai- « son de cet article avec la déclaration de 1733, « qui, à défaut de l'*approuvé* de la somme en toutes « lettres, autorisait à exiger le serment du défen- « deur, *ce que ne permet pas l'article du Code*, « *plus rigoureux en cette partie que la déclaration* « *de* 1733 ;

(1) Sirey, 17-2-399.

« D'autre part, de la comparaison de ce même « article avec l'ensemble du titre, où le législateur, « après avoir réglé les formes constitutives de l'acte « authentique, et celles de l'acte synallagmatique « sous seing-privé, venant à l'acte unilatéral, et dé- « terminant la forme dans laquelle il doit être ré- « digé, prescrit également la formalité dont il s'agit « comme essentielle à la confection de l'acte ;

« Qu'il est contre toute règle qu'un acte réprouvé « par la loi comme suspect, soit présenté comme « commencement de preuve par écrit, et qu'un tel « principe, qui tendrait à admettre la preuve par « témoins dans toutes les affaires de cette nature, « serait d'une dangereuse conséquence, etc. »

En admettant que la formalité soit *constitutive de l'acte*, comme le dit l'arrêt, elle n'est pas *constitutive de la dette*, puisque la dette peut fort bien exister sans l'acte : par exemple, si c'était un prêt, l'obligation de restituer les deniers prêtés résulterait du fait seul de les avoir reçus, car l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. L'acte, sans doute, ne *prouverait* pas la dette, puisqu'il est irrégulier, mais la preuve des obligations peut se faire par d'autres voies encore que par des actes. Le serment, notamment, peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, même sans qu'il existe un commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (article 1358 et 1360 combinés) ; il suffit seulement pour cela que le fait sur lequel il est déféré puisse

fonder un droit ou une exception, et que la convention elle-même ne soit pas nulle d'après la loi, comme le serait, par exemple, une donation ou une convention d'hypothèque non faite en la forme légale, cas dans lesquels, en effet, il n'y aurait pas lieu à déférer le serment sur le fait de la convention, puisque, lors même qu'elle serait avouée, elle n'en serait pas plus valable pour cela, et que ce serait alors le cas de la règle *frustrà probatur quod probatum non relevat.* Mais cela ne peut se dire d'un prêt ou d'une promesse ayant sa cause dans un fait préexistant à l'acte ; le serment alors peut être déféré sur le fait de la dette, et si l'article 1326 n'a pas, à cet égard, reproduit la disposition littérale de la déclaration de 1733, c'est par la raison toute simple que l'on allait parler plus loin, dans le même titre, du serment en général, et établir en principe *qu'il peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué ;* d'où il devenait inutile d'en faire l'objet d'une disposition spéciale dans l'article 1326. Et si les rédacteurs de la déclaration de 1733 crurent devoir s'en expliquer, c'est parce que cela devenait utile dès que l'on disait : *faute de quoi le paiement n'en pourra être ordonné en justice..... ; défendons à tous nos juges d'en ordonner le paiement ;* car les tribunaux auraient pu croire qu'une défense conçue dans des termes si absolus n'admettait aucune exception, et

en conséquence, qu'il n'y avait même pas lieu à ordonner le paiement, sur le refus fait par le défendeur de prêter le serment que lui aurait déféré le demandeur ; qu'ainsi il n'y avait pas lieu à le déférer. Mais comme cela eût été contraire à toutes les règles de l'équité et du droit, la déclaration s'en est expliquée formellement. Or, l'article du Code ne défend même pas aux juges d'ordonner le paiement du billet ou de la promesse ; il n'est point conçu dans des termes aussi impératifs ; comment donc, d'un autre côté, pourrait-on prétendre qu'il n'a pas voulu permettre au demandeur de déférer le serment au défendeur, par cela seul qu'il ne parle pas de cette faculté ? Et quel pourrait être le motif d'une pareille interdiction, et d'une opposition si formelle avec les principes sur le serment ? il n'y en a réellement aucun. Le demandeur eût pu former sa demande sans titre, et, dans ce cas, déférer le serment ; comment, d'après cela, ne pourrait-il le déférer dans l'espèce où il a un titre, irrégulier, il est vrai, mais quand précisément ce titre est réputé pour cela non avenu ? il a même pu n'en pas parler. Ainsi le *considérant* de l'arrêt précité ne saurait soutenir le plus léger examen.

Le serment peut même être déféré à l'héritier du souscripteur de l'écrit, non pas sur le fait même qui a produit l'obligation, puisque ce fait ne lui est point personnel, mais, comme sous la Déclaration, pour qu'il ait à déclarer s'il ne sait pas que la chose est due ; et c'est toujours en ce sens que le serment

est déféré aux héritiers (art. 2275, Cod. civ. et 189, Cod. de comm.).

188. D'après cela, on doit facilement voir que nous reconnaissons que le demandeur a aussi le droit de faire interroger le défendeur sur le fait de la dette : l'aveu de la partie est également une manière d'établir les obligations; c'est un genre de preuve (art. 1316 et 1356) : aussi, suivant l'art. 324 du Code de procédure, les parties peuvent-elles, en toutes matières, et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinens concernant la matière dont est question.

189. Quant au troisième point, celui de savoir si l'acte irrégulier peut servir de commencement de preuve par écrit, la jurisprudence offre des décisions pour et contre. La Cour de Turin, par son arrêt du 20 avril 1808, a jugé l'affirmative, sur le fondement que l'écrit dont la signature est reconnue ou tenue pour reconnue, rend *vraisemblable* le fait allégué, et présente, en conséquence, les conditions requises par l'art. 1347, pour qu'un acte puisse servir de commencement de preuve par écrit.

La Cour de Paris, comme on vient de le voir, a jugé, au contraire, que l'acte ne pouvait même servir de commencement de preuve; et celle de cassation, réformant un jugement du tribunal de la Seine, du 31 août 1811, a décidé, par arrêt du

3 novembre 1812 (1), comme la Cour de Paris.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un billet de 600 fr., signé, mais non écrit, par une personne qui n'était point du nombre de celles qui sont dispensées de la formalité de mettre, dans ce cas, de leur main, le *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose, et cette formalité n'avait point été remplie. Toutefois le tribunal de première instance, considérant l'acte comme un commencement de preuve par écrit, et divers faits de la cause allégués par le demandeur lui faisant aussi croire à l'existence de la dette, condamna le défendeur à en payer le montant, même sans qu'il y eût de preuve testimoniale d'administrée; car les juges peuvent se déterminer par des présomptions graves, précises et concordantes dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales, (art. 1353); or, la loi (art. 1347) admet la preuve testimoniale lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Mais le jugement fut cassé en ces termes :

« Vu les art. 1326 et 1341 du Code civil, considérant « qu'il est reconnu et avéré en fait que le billet « dont il s'agit n'est pas écrit de la main du signa- « taire; qu'il n'est point revêtu du *bon* ou de l'*ap-* « *prouvé* voulu par l'art. 1326 précité; qu'enfin le « signataire ne se trouvait dans aucune des classes

---

(1) Sirey, 13-1-35. *Répertoire* de M. Favard, v° *Acte sous seing-privé*, sect. 1, § 3, n° 13.

« exceptées par cet article : d'où il suit qu'en droit,
« le billet dont il s'agit était sans effet aux termes
« de la disposition dudit article, et que, par suite,
« le jugement attaqué, en condamnant la veuve
« Fradiel à payer le montant de ce billet, et en
« motivant cette condamnation, non sur un titre de
« créance qu'il déclare exister, mais seulement sur
« une énonciation vague de faits qu'il n'articule
« pas, et de pièces dont il n'énonce même pas qu'il
« soit résulté un commencement de preuve par
« écrit, a contrevenu aux articles 1326 et 1341 du
« Code civil : par ces motifs, la Cour casse, etc. (1). »

Cependant la Cour de cassation elle-même a formellement décidé, par son arrêt du 30 avril 1807(2), que le jugement en dernier ressort, ou l'arrêt, rendu sur la question de savoir quelles pièces forment un commencement de preuve par écrit, ne peut être soumis à la cassation, parce que la loi s'en est référée à la conscience des juges sur les caractères de l'acte propre à servir de commencement de preuve par écrit (3), comme sur les présomptions

(1) La Cour de Bruxelles, par arrêt du 13 août 1811 (Sirey, 12-2-277) a pareillement décidé que le billet simplement revêtu de la signature du défendeur, n'était point un commencement de preuve par écrit. Mais, dans l'espèce, il s'agissait de prouver que le défendeur avait mis sa signature à l'écrit ; or, l'eût-il avoué, cela ne faisait pas que l'obligation fût réelle.

(2) Sirey, tome VII, *Additions*, pag. 1119. *Voy.* aussi le même Recueil, tome XIX, part. 1, pag. 160.

(3) En admettant toutefois qu'il émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur (art. 1347) ; sauf les cas où la loi, par une disposition spéciale, déclare l'acte propre à servir de commencement de preuve,

qu'elle abandonne à leur sagesse, et qu'elle n'a investi la Cour de cassation que du droit de réprimer les violations formelles à la loi.

Aussi cette Cour paraît-elle avoir changé sa jurisprudence sur le point en question, en décidant, par son arrêt du 2 juin 1823 (1), qu'une reconnaissance de dépôt non écrite de la main du signataire, et contenant simplement ces mots avec la signature, *bon comme dessus*, avait pu servir de commencement de preuve par écrit, propre à autoriser les juges à admettre la preuve par témoins. Les termes de l'arrêt sont importans, en ce qu'ils paraissent exprimer le véritable sens de cet article 1326, qui a donné lieu à tant de débats, même sur le seul point maintenant en question :

« La Cour, considérant qu'il n'est point exact de « présenter l'art. 1326 du Code civil comme la « reproduction entière de la déclaration du 22 sep- « tembre 1733 ; que celle-ci déclarait *de nul effet* « *et valeur* les billets sous signature privée non « écrits par le signataire, à moins qu'ils ne con- « tinssent une approbation de sa main, en toutes « lettres, de la somme exprimée aux billets, et « défendait d'en ordonner le paiement en justice : « que l'art. 1326 n'a prononcé ni *la nullité de sem-* « *blables billets*, ni *la défense d'en ordonner le*

---

quoiqu'il n'ait pas été écrit par celui à qui on l'oppose, ou par celui dont il est le représentant : comme dans les cas prévus à l'art. 1335, nº 2 *in fine*, et nº 3, et à l'art. 1336.

(1) Sirey, 23-1-294.

« *paiement;* que si cet article porte que de sembla-
« bles billets *doivent* être écrits en entier par le si-
« gnataire, ou du moins que, outre sa signature, il
« ait écrit de sa main un *bon* ou *approuvé* portant
« en toutes lettres la somme énoncée auxdits billets,
« il en résulte seulement que ces billets, écrits
« d'une main étrangère, et non munis de l'appro-
« bation exigée par l'article 1326, ne font pas foi
« par eux-mêmes, et ne peuvent seuls autoriser
« une condamnation. Mais l'art. 1326 ne leur re-
« fuse pas le mérite de pouvoir faire un commen-
« cement de preuve par écrit, lorsque, comme le
« dit l'art. 1347, ils rendent vraisemblable le fait
« allégué, et qu'il ne s'élève, d'ailleurs, aucun
« soupçon de fraude. Ainsi, dans l'espèce, où le
« commencement de preuve par écrit existait dans
« *la signature du billet*, dans les mots écrits par le
« signataire, *bon comme dessus*, et où le tribunal
« de Béziers a reconnu que les circonstances de l'af-
« faire faisaient vivement présumer la vérité de la
« dette, ledit tribunal a pu, sans contrevenir à au-
« cun article du Code civil, admettre la défende-
« resse à prouver par témoins que Rose Féau avait
« maintes fois reconnu lui devoir une somme de
« mille francs, dont elle lui avait fait un acte de
« dépôt; par ces motifs, rejette, etc. »

190. Cet arrêt laisse donc à la sagesse des juges à apprécier les caractères de l'acte comme commencement de preuve par écrit, propre ou non

à faire accueillir la preuve par témoins. Mais par voie de conséquence, c'est implicitement décider aussi qu'ils peuvent se déterminer par le secours des présomptions que la loi abandonne à leur prudence, puisqu'ils y sont autorisés dans les cas où elle admet les preuves testimoniales (art. 1353), et qu'elle les admet lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347.) Toutefois, ils devraient être encore plus circonspects à se décider par le seul secours des présomptions, si elles ne résultaient que de l'acte, qu'à admettre la preuve par témoins, qui ajoute beaucoup à ces mêmes présomptions.

La preuve testimoniale, au surplus, ne serait point décisive, si elle ne portait que sur le fait de la signature, que les témoins déclareraient avoir vu le défendeur apposer à l'écrit, car cela ne prouverait pas plus la réalité de l'obligation, que ne la prouverait la simple reconnaissance que le défendeur ferait de sa signature, ou la vérification qui serait faite que c'est bien la sienne : il faut donc que les témoins déposent aussi qu'ils ont une connaissance personnelle de la dette, parce qu'ils l'ont vu contracter, ou parce qu'ils ont entendu le débiteur déclarer la devoir, soit lorsqu'il signait, soit antérieurement, soit depuis.

191. Si l'acte doit, ou du moins peut-être considéré comme un commencement de preuve par écrit, et si, en conséquence, les juges peuvent se décider d'après les présomptions graves, précises

et concordantes, puisqu'ils le peuvent dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, et qu'elle l'est lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, l'on doit dire aussi qu'ils peuvent déférer le serment d'office ; car une demande n'est pas totalement dénuée de preuve lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit : or, lorsque la demande n'est pas totalement dénuée de preuve, le juge peut déférer le serment d'office, ou *supplétoire*. (Art. 1367.)

192. L'art. 1327 porte que, lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

Cette présomption est puisée dans la règle *semper in obscuris, quod minimum est sequimur*. L. 9, ff. *de regul. juris*.

Pothier dit toutefois que, lorsque quelqu'un se reconnaît dépositaire d'une certaine somme, suivant le bordereau des espèces joint à l'acte, c'est la somme que composent les espèces exprimées au bordereau qui est due, quoique celle exprimée par l'acte fût différente, attendu que c'est en ce cas une erreur de calcul. Cela n'est point douteux ; mais ce qui aurait pu l'être sans la disposition de cet art. 1327, c'est la question de savoir si l'acte aussi bien que le *bon* étant écrits en entier de la

main du débiteur, et le *bon* étant d'une somme moindre, on devait s'en tenir au *bon ;* car il n'était pas nécessaire à la validité de l'acte ; d'où on aurait pu le regarder comme une surérogation, impuissante, par cela même, pour détruire la partie utile de l'acte.

193. Au surplus, l'article permet de prouver de quel côté est l'erreur ; et cette preuve peut même se faire par témoins, puisque l'acte est au moins un commencement de preuve par écrit dans la partie qui exprime la somme moindre, surtout lorsque l'acte et le *bon* sont écrits de la main du débiteur.

Et puisque la preuve testimoniale serait admissible, le juge pourrait aussi se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, résultant des faits de la cause, puisque la loi l'autorise à le faire dans les cas où les preuves testimoniales sont admises (art. 1353). C'est un de ces cas où la simple présomption de la loi céderait à des présomptions de fait abandonnées à la sagesse du magistrat pour tenir lieu de preuve, mais c'est par la raison que la loi elle-même a autorisé la preuve contraire.

194. Nous terminerons l'analyse de la matière des billets et simples promesses en faisant observer que, généralement, ils ne font pas foi contre celui qui les a souscrits lorsqu'ils se trouvent en sa possession, quoiqu'ils ne soient ni biffés ni revêtus d'un *pour acquit.* S'il y a des exceptions, elles sont rares, et elles naîtraient de quelques circonstances particulières.

Ainsi, si l'on trouve sous le scellé de mes effets un billet signé de moi, par lequel je reconnais vous devoir une somme de....., il est à présumer, ou que j'avais écrit ce billet dans l'espérance que vous me prêteriez cette somme, et que le prêt n'ayant pas eu lieu, le billet m'est demeuré et que j'ai négligé de l'anéantir, ou bien que le prêt ayant eu lieu, il a été acquitté ou que la dette a été remise. (Art. 1282.)

Il en est de même des quittances, quelque favorable que soit d'ailleurs la libération : lorsqu'elles se trouvent entre les mains du créancier, on doit supposer qu'il les avait faites à l'avance, comptant sur un paiement qui n'a pas eu lieu. Nous reviendrons bientôt sur ce point.

Art. V.

Des registres des marchands.

195. L'article 1329 porte que les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Et l'article 1330, que les registres des marchands font preuve contre eux, mais que celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils ont de contraire à sa prétention.

Cette dernière disposition est fondée sur cette maxime des docteurs (1), *fides scripturæ est individisibilis.*

(1) Sur la loi 43, au Code, *de transactionibus.*

Telles sont les seules dispositions du Code civil relatives aux registres des marchands. C'est au Code de commerce que devaient en effet se trouver les règles sur cet objet.

196. Avant de les rappeler, nous ferons remarquer que ces mots de l'article 1329 précité, *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment*, ne signifient pas seulement que le marchand pourra déférer le serment décisoire au non marchand, sur le fait d'une fourniture qu'il prétendrait lui avoir faite, car il le pourrait sans faire valoir son registre, puisqu'on peut déférer le serment sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360); et, ainsi entendus, ces mots ne signifieraient absolument rien; or, il faut entendre les lois, comme les contrats, dans un sens suivant lequel elles puissent produire quelqu'effet, plutôt que dans un sens selon lequel elles n'en produiraient aucun. Ces expressions veulent donc dire qu'il pourra y avoir lieu au serment supplétoire, ou déféré par le juge, parce que la demande, si elle n'est pas prouvée, n'est cependant pas totalement dénuée de preuve. C'était la décision de Dumoulin, de Boiceau et de Pothier; mais il faut, suivant eux, que le marchand jouisse d'une bonne réputation, et que la fourniture soit vraisemblable, à raison de la quantité de choses ou de denrées dont

le prix serait demandé. Boiceau paraissait même exiger, en outre, qu'il fut établi que le défendeur avait coutume de se servir chez le demandeur.

197. D'après l'article 8 du Code de commerce, tout commerçant est tenu d'avoir un livre-journal, qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossemens d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paie à quelque titre que ce soit; et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison; le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

Il est tenu de mettre en liasses les lettres missives qu'il reçoit, et de copier celles qu'il envoie.

Il est tenu de faire, tous les ans, sous seing-privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné. (Art. 9.)

Le livre-journal et le livre des inventaires doivent être paraphés et visés une fois par année.

Le livre de copie de lettres n'est pas soumis à cette formalité.

Tous doivent être tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge (art. 10).

Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9 ci-dessus, doivent être cotés, paraphés,

et visés, soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais. Les commerçans sont tenus de conserver ces livres pendant dix ans (art. 11).

198. Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçans pour faits de commerce (art. 12).

Mais pour qu'ils soient réputés régulièrement tenus, il n'est pas nécessaire que ce soit le commerçant lui-même qui ait fait les écritures ; cela a même rarement lieu dans le haut commerce. En sorte qu'un article écrit par quelqu'un habitué à écrire sur le registre du marchand, tel qu'un commis ou un teneur de livres, ou la femme du marchand, fera foi contre lui, comme si c'était lui qui l'eût écrit.

Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auraient pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne peuvent être représentés ni faire foi en justice *au profit de ceux qui les auront tenus ;* sans préjudice de ce qui est décidé au titre *des faillites et banqueroutes* (art. 13).

Mais il est clair que, quoiqu'irrégulièrement tenus, ils peuvent être invoqués par l'adversaire ; car, celui qui les a mal tenus, comme l'observe Pothier, ne doit point se prévaloir de sa propre négligence. Toutefois, l'autre partie ne peut, d'après

l'article 1330 du Code civil, diviser les écritures en ce qu'elles contiendraient de contraire à sa prétention. Ainsi, si les livres annoncent une fourniture reçue et un paiement effectué, les deux articles devront être pris dans leur ensemble, sauf au demandeur à prouver par d'autres voies la fourniture qu'il a faite, et au défendeur le paiement qu'il prétend avoir effectué.

199. La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite (art. 14).

Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différent (art. 15).

En cas que les livres dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire (art. 16).

200. Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment d'office à l'autre partie (art. 17).

201. Enfin l'article 100 du même Code porte que

les achats et ventes, en matière de commerce, se constatent :

Par actes publics;

Par actes sous signature privée;

Par le bordereau d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties;

Par une facture acceptée;

Par la correspondance;

Par *les livres des parties*;

Et par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.

202. Pothier, d'après Dumoulin, voulait, pour que le journal d'un marchand fît foi contre lui, « que la cause de la dette y fût énoncée, ou « au moins qu'il en apparût une par présomp- « tion et conjecture. Car, dit-il, comme il ne peut « y avoir de dette sans une cause qui la produise, « et que la seule écriture ne fait pas la dette, la « demande de la dette ne peut être fondée tant « qu'il n'apparaît pas de cause. Mais si un mar- « chand a écrit sur son livre qu'il devait la somme « de tant à un tel marchand, quoiqu'il n'ait point « exprimé la cause, son livre fera foi contre lui en « faveur de ce marchand, si ce marchand est celui « qui a coutume de lui fournir les marchandises « de son commerce; en ce cas, la présomption est « que la cause de la dette est la fourniture de ces « marchandises. »

Cette condition, exigée par Pothier, que le mar-

chand au profit duquel est l'article du journal soit celui qui a coutume de fournir à l'autre les marchandises de son commerce, n'est toutefois pas de rigueur dans l'espèce d'un article qui porte les mots *je reconnais devoir*, ou *je dois*, etc.; car, ainsi que nous l'avons dit au tome X, n° 352 et suivans, ces mots expriment suffisamment qu'il y a dette, quoique la cause de cette même dette n'ait pas été spécialement mentionnée L'artielc 1132 porte en effet que l'obligation n'est pas moins valable, quoique la cause n'y soit pas exprimée.

203. De quel moment le pacte est-il formé dans les achats et ventes qui ont lieu par correspondance?

Si un marchand écrit à un autre marchand ou à un propriétaire, pour lui demander s'il veut lui fournir telle marchandise ou telle quantité de denrées, ou pour lui offrir telle marchandise, à tel prix, la vente ne sera formée que par une réponse, conforme à la demande ou à l'offre; et il faut que cette réponse soit expédiée : ce qui pourra se justifier par les livres ou par la correspondance. Jusque-là, l'auteur de la demande ou de l'offre peut retirer sa proposition. Car, comme celui à qui elle était faite pouvait ne pas l'agréer, et que la vente ne se forme que par le concours des deux volontés sur la chose et le prix, il s'ensuit qu'il n'y a pas de vente dès que l'une de ces volontés ne subsistait plus quand l'autre est venue à se manifester.

Mais la vente serait également formée dès que

celui à qui la demande de la marchandise était faite l'aurait expédiée, quoiqu'il n'eût pas encore répondu à la lettre qui lui a été adressée à ce sujet ; ce serait là une preuve de son acceptation. Cela ne ferait surtout aucun doute dans le cas ou un marchand écrirait à quelqu'un de lui expédier telle marchandise, telle denrée, moyennant tel prix.

Art. VI.

Des registres et papiers domestiques.

204. L'art. 1331 porte que « les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour « qui les a écrits. »

Et enim exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. *Undè neque fiscum neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet.* L. 7, Cod. *de probat.*

Mais, suivant le même article, les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits, « 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu, 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation. »

Il faut d'abord remarquer que l'article n'exige pas, pour que les écritures fassent foi, dans les cas et sous les conditions qu'il exprime, qu'elles

soient signées et datées : il ne parle point de cette condition, que le Code rejette même expressément, dans l'article suivant, à l'égard des écritures qui y sont mentionnées.

205. Quant au premier cas, il n'est pas douteux que l'écriture mise sur le journal du créancier par lui-même, signée ou non, fait foi au profit du débiteur. Mais si elle n'était pas de la main du créancier, ni signée de lui, ni de la main d'une personne habituellement employée à écrire sur son journal, elle ne ferait pas toujours foi complète, parce que la fraude pourrait facilement avoir lieu, soit par quelque domestique corrompu, soit par quelque voisin qui, à la sollicitation du débiteur, et à la faveur de ses habitudes dans la maison du créancier, se serait saisi facilement du journal de celui-ci, et y aurait mis ou fait mettre la note. Beaucoup de personnes, en effet, ne tiennent pas toujours leurs registres soigneusement sous clé.

206. Quant au second cas, Boiceau, part. 2, chap. VIII, nº 14, distinguait si la note était ou non signée. Dans la première hypothèse, l'écriture, disait-il, fait preuve au profit du tiers en faveur duquel elle énonce une créance ; dans la seconde, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui a besoin d'être complétée par quelqu'autre fait ou circonstance.

Mais Pothier ne s'est point attaché à cette distinction : seulement il voulait que la note portât expressément qu'elle a été faite pour suppléer le

défaut de titre en faveur de celui au profit duquel elle énonce une obligation, ou du moins qu'il fût évident que telle a été l'intention de l'auteur de la note en l'écrivant. La raison sur laquelle il se fondait, c'est qu'il est très probable que la note avait été rédigée par le débiteur pour se rendre compte à lui-même, suivant l'usage des personnes qui ont beaucoup d'affaires, et non pour servir de titre au créancier, et que ce dernier n'ayant point de billet, il est à croire qu'il a été payé, et que le débiteur se trouvant assuré par la restitution du billet qu'il lui avait donné, a ensuite oublié de barrer la note, et de faire mention du paiement sur son registre.

Toutefois Pothier regardait la signature apposée à la note comme une preuve que le débiteur ne l'avait écrite que pour servir de titre au créancier, attendu que si c'eût été seulement pour se rendre compte, il n'était pas besoin de la signer, cela n'étant pas dans l'usage. L'art. 1331 ne distingue pas si la note est signée ou non; il exige seulement qu'elle contienne la mention expresse qu'elle a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui au profit duquel elle énonce une obligation.

A la vérité, nous ne pensons pas qu'il faille absolument, pour que l'écriture fasse foi contre celui qui l'a mise sur son journal, qu'elle contienne textuellement la mention qu'elle a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur du tiers; car ces expressions ne sont pas sacramentelles : elles peu-

vent être remplacées par d'autres qui indiqueraient clairement l'intention du débiteur en écrivant la note. Par exemple, s'il était dit : *Je dois mille francs à Paul, qui n'a pas voulu recevoir de billet*, ou *qui n'a point de billet*, ces mots démontreraient évidemment que le débiteur a eu tout à la fois pour but, en écrivant la note, de se rendre compte et de constater, pour lui et les siens, son obligation envers Paul, quoiqu'il n'ait pas été dit expressément dans la note qu'elle a été faite *pour lui tenir lieu de titre.*

Mais aussi nous croyons que, suivant le Code, la signature apposée à la note ne suffit pas dans tous les cas, ainsi que le pensait Pothier, pour établir que cette note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur du tiers : elle pourra sans doute généralement servir à interpréter l'intention de l'auteur de la note à cet égard, mais le Code n'en a pas fait une présomption de droit.

207. Au surplus, Pothier ajoute que lorsque la note qui avait pour objet de servir de titre à un créancier a été barrée ou biffée, elle ne fait plus preuve en faveur de celui-ci, même lorsqu'elle serait signée, la radiation étant une preuve que la dette a été acquittée. Cela n'est pas contraire à ce que le même auteur dit plus loin, que l'écriture mise au dos, en marge ou à la suite d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier, fait foi, et prouve la libération, encore qu'elle soit barrée ou biffée, attendu, dit-il, qu'il ne doit pas être au pouvoir

de ce créancier, ni de ses héritiers, de détruire la preuve de la libération acquise au débiteur.

Il y a en effet une grande différence entre le cas d'une écriture mise par un débiteur sur son registre, pour servir de titre à un créancier, et qui ensuite a été barrée, et l'écriture mise par un créancier sur son titre, et qui a pareillement été biffée : dans le premier cas, le créancier n'ayant pas exigé de titre, il a reconnu par cela même la probité du débiteur, et il n'est pas présumable que ce soit dans des vues frauduleuses que celui-ci a barré l'écriture, qui était à sa disposition ; pouvant l'anéantir entièrement, on ne doit pas croire, lorsqu'il l'a seulement barrée, qu'il l'a fait par de mauvais motifs, mais bien seulement parce qu'il avait payé la dette. Dans le second cas, l'écriture qui tend à la libération du débiteur est bien, il est vrai, aussi en la possession de celui qui a intérêt à l'anéantir, mais, mise sur le titre de la dette, le créancier, en général, ne peut faire autrement que de la produire en produisant le titre lui-même ; en sorte que s'il est en son pouvoir de la biffer, et même de la rendre entièrement illisible, il n'est pas en son pouvoir, du moins généralement, d'en faire disparaître les traces sans détruire en même temps la preuve de son droit : ce qui a pu paraître une garantie suffisante au débiteur pour se contenter d'une semblable quittance.

A la vérité, ce raisonnement ne serait pas toujours aussi bien fondé à l'égard d'une écriture mise en marge ou au bas du titre, qu'à l'égard de celle

qui serait mise au dos et correspondrait avec l'écriture ; car, au moyen d'une coupure, on pourrait facilement, dans beaucoup de cas, la faire disparaître ; et par des procédés chimiques, l'on peut même aussi faire disparaître les écritures d'une encre de mauvaise qualité. Mais nous raisonnons en thèse générale, et, en thèse générale, le débiteur, qui n'a pas songé au danger de ces fraudes, a dû plus facilement se contenter d'une quittance mise sur le titre même de la dette, qu'un créancier n'a dû se contenter d'une note mise sur le livre de son débiteur pour lui tenir lieu de titre ; ce qui établit par conséquent une différence entre les deux cas.

208. L'écriture mise sur le registre d'un créancier, et qui énonce formellement un paiement reçu, devrait également faire foi quoiqu'elle fût barrée, par la raison que donnait Pothier au sujet de l'écriture mise par le créancier sur son titre, savoir, qu'il n'a pas dû dépendre du créancier, ou de ses héritiers, en rayant l'écriture qu'il avait mise sur son registre, d'anéantir cette preuve de la libération du débiteur, qui s'était contenté d'une quittance de cette sorte. Dira-t-on que le créancier a pu écrire la note sur l'annonce d'un paiement qui devait lui être fait, et qui ensuite n'a pas eu lieu ? mais en pareil cas l'on n'écrit pas sur son registre, parce qu'on a bien toujours le temps de le faire lorsqu'on recevra le paiement : on fait un projet de quittance, une quittance

même, mais on n'écrit pas sur son registre tant que le paiement n'est pas effectué.

Mais si l'écriture mise sur le registre du créancier est biffée de telle manière qu'on ne puisse en lire le contenu, alors, comme il est impossible de dire qu'elle énonce formellement un paiement reçu, et même qu'elle se rapporte à un mode de libération quelconque, elle se trouve forcément sans effet : aussi est-il fort imprudent de ne pas exiger une quittance ordinaire.

Nous verrons plus loin ce qu'on devrait décider, en pareil cas, au sujet d'une écriture mise sur le titre même de la dette.

Ce que nous avons dit plus haut sur le cas d'une écriture qui énonce formellement un paiement reçu, que, lorsque cette écriture n'est pas du propriétaire du registre, ni d'une personne habituée à y écrire pour lui, elle ne fait pas la même foi que dans l'hypothèse contraire, est applicable aussi au cas où il s'agit d'une écriture mise sur un registre pour tenir lieu de titre à un prétendu créancier. La raison est absolument la même.

209. Quoique le Code civil, dans les deux cas dont nous venons de parler, décide positivement que les écritures mises sur le journal ou registre domestique d'une personne font foi contre elle, néanmoins il ne contient pas, comme le Code de commerce, de disposition précise qui donne à l'autre partie le droit d'exiger la représentation

de ce registre, ou, en cas de refus de l'adversaire de le produire, la faculté au juge de déférer le serment à cette partie.

Serait-ce parce que la loi ne prescrit pas aux non commerçans comme aux commerçans, de tenir des livres, et que, parce qu'il arriverait souvent qu'une personne, même appartenant aux classes non illettrées, n'en aurait pas tenu, il y aurait eu du danger à autoriser le juge à déférer le serment à l'autre partie, lorsque sa demande ou son exception n'aurait été appuyée que sur sa seule allégation d'une écriture mise sur le registre de son adversaire, et opérant, selon elle, une obligation à son profit, ou une décharge? N'a-t-on pas dû craindre en effet que, sous ce prétexte, on ne cherchât à pénétrer le secret des familles? Quoi qu'il en soit, nous ne voyons rien dans le Code civil au sujet de l'obligation, pour une partie, de produire ses registres, ou ceux de son auteur, et cependant, d'un autre côté, il faut bien que les dispositions contenues en cet article 1331 puissent recevoir leur application.

210. Dans le droit romain, un défendeur pouvait bien exiger du demandeur la représentation de ses registres, à peine pour ce dernier, en cas de refus, d'être écarté par l'exception *doli mali*. Les lois 5 et 8, au Code, *de edendo*, le décident positivement. Mais, d'abord, cela était dans les mœurs des Romains, qui avaient coutume de tenir des livres

domestiques très réguliers, sur lesquels ils écrivaient toutes leurs affaires, l'argent qu'ils recevaient, celui qu'ils comptaient; et quant ils faisaient un prêt, ce prêt était consigné en même temps, du moins ordinairement, sur le registre de l'emprunteur et sur celui du prêteur : c'est même de là qu'est venue l'obligation qu'ils appelaient *obligatio litterarum:* en sorte que ces registres servaient d'actes aux parties, parce qu'ils n'étaient point tenus dans un but d'intérêt uniquement individuel : c'était à peu près dans le même but que celui qu'on s'est proposé chez nous en prescrivant aux commerçans de tenir un livre-journal destiné à constater toutes leurs opérations, toutes leurs recettes et leurs paiemens; d'où il suivait que la bonne foi voulait que la partie qui demandait le paiement d'une créance pût être écartée par une exception, si, sur la réquisition du défendeur, elle refusait de produire son livre.

Mais un demandeur ne pouvait exiger du défendeur que celui-ci lui fournît des preuves par la production de ses registres (1) : la dernière de ces lois le décide formellement, en distinguant, à cet égard, entre le demandeur et le défendeur (2).

211. L'article 15 du Code de commerce ne fait point, il est vrai, la distinction des lois romaines;

(1) La loi 7, au Code, *de testibus*, consacre le même principe quant à la preuve par témoins.

(2) Cependant il paraît, d'après la loi 1re au même titre, *de edendo*, que ce n'était pas une règle invariable, et que le juge avait, suivant les circonstances du fait, le pouvoir d'ordonner même au défendeur de produire ses registres.

il dit d'une manière générale que, « Dans le cours « d'une contestation, la représentation des livres « peut être ordonnée par le juge, même d'office, à « l'effet d'en extraire le différent; » et l'article 17 porte aussi d'une manière générale que, « Si la « partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter « foi, refuse de les représenter, le juge peut défé- « rer le serment à l'autre partie. » Mais ces règles sont établies pour les commerçans, parce qu'ils sont tenus d'avoir des livres, et nous ne les voyons pas consacrées par le Code civil pour les non commerçans.

Cependant, comme nous venons de le dire, il faut bien que l'article 1331 de ce Code puisse recevoir son application; or, comment la recevra-t-il, si la partie qui a mis la note sur son registre refuse de le présenter, ou, si après son décès, ses héritiers ne veulent pas le produire?

A cet égard, nous croyons que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'ordonner la représentation des registres, s'il lui est démontré qu'il en a existé et que ces registres subsistent encore; qu'il peut surtout le faire lorsque ce sera le défendeur qui fera cette demande, prétendant que les livres du demandeur contiennent une écriture qui constate formellement qu'il lui a été fait un paiement. Et si celui auquel on demande la production de ses registres, ou ceux de son auteur, prétend qu'il n'en a pas été tenus, ou qu'ils ne subsistent plus, le serment pourra lui être déféré sur ce fait,

Au surplus, comme à la mort d'une personne, les scellés sont ordinairement apposés sur ses effets et papiers; que ses créanciers ont le droit de requérir cette apposition, et de s'opposer à ce que le scellé soit levé sans eux; qu'ils peuvent aussi assister à l'inventaire, et intervenir dans le partage; s'ils trouvent des écritures à leur profit, ils les feront constater dans l'inventaire, pour les faire ensuite valoir suivant leurs droits. Et ceux qui auraient fait au défunt des paiemens constatés seulement par ses registres et papiers domestiques, auraient le même droit, parce qu'ils auraient également intérêt à empêcher la perte de la preuve de leur libération.

Art. VII.

Des écritures mises à la marge, à la suite ou au dos d'un titre ou d'une quittance.

212. Après avoir parlé des registres et papiers domestiques, nous avons à traiter des écritures privées qui se trouvent à la suite, au dos ou à la marge d'un titre ou d'une quittance. L'art. 1332, qui statue sur ces cas, est ainsi conçu :

« L'écriture mise par le créancier à la suite, en « marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté « en sa possession, fait foi, quoique non signée, ni « datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libéra- « tion du débiteur.

« Il en est de même de l'écriture mise par « le créancier au dos, ou en marge, ou à la « suite du double d'un titre ou d'une quittance,

« pourvu que ce double soit entre les mains du « débiteur. »

L'écriture dont il est parlé dans la première partie de l'article peut se trouver sur un titre authentique, sur la grosse ou première expédition, comme sur un titre sous seing-privé : l'article ne distingue pas, et elle aura le même effet.

213. Analysons d'abord la première de ces dispositions, qui, comme on le voit, ne parle que de l'écriture *mise par le créancier* à la suite, à la marge ou au dos d'un titre *qui est toujours resté en sa possession.* Cependant deux autres cas peuvent se présenter :

1° Celui où l'écriture est mise par un autre que le créancier, quand d'ailleurs le titre est toujours resté en la possession de ce dernier ;

2° Celui où elle a été mise par le créancier, et lorsque le titre n'est pas toujours resté dans ses mains.

Quant aux cas où le titre est toujours resté en la possession du créancier, Pothier ne fait aucune différence à raison de la circonstance que l'écriture aurait été mise par un tiers, ou par le débiteur lui-même, ou par le créancier, attendu, dit-il, qu'il n'est pas vraisemblable, puisque le titre a toujours été en la possession du créancier, ainsi qu'on le suppose en fait, qu'il y aurait laissé mettre une écriture tendant à la libération du débiteur, s'il n'avait eu de bonnes raisons pour le souffrir.

Ce point n'est pas, il est vrai, décidé affirmativement par le Code, mais il ne l'est pas non plus négativement, et il est à croire que l'étant formellement par cet auteur, dont l'article consacre la décision sur le cas de l'écriture mise par le créancier sur le titre qui est toujours resté en sa possession, on n'a point entendu rejeter celle qu'il porte sur le cas qui nous occupe maintenant. Probablement on a pensé qu'il suffisait d'établir une règle pour celui qui doit se présenter le plus souvent, celui où l'écriture a été mise par le créancier lui-même; *de eo quod plerùmque fit, statuit legislator.*

Nous croyons en effet que la disposition n'est point conçue dans un sens restrictif: il n'y avait aucune raison pour qu'elle le fût. On ne peut raisonnablement expliquer pourquoi le créancier aurait laissé mettre sur un titre qui, on le suppose, n'est pas sorti de ses mains, une écriture tendant à la libération du débiteur, s'il n'avait reçu de lui aucun paiement par à-compte.

Sans doute, s'il prétendait et prouvait que l'écriture mise par une autre main que la sienne est le résultat d'une fraude; que son titre a été détourné ou qu'il l'avait perdu, et que c'est par suite de cet événement que l'écriture y a été mise, alors elle cesserait de faire foi; mais ce serait à lui de prouver le fait de fraude, parce que la fraude ne se présume pas : c'est à celui qui l'allègue à la prouver (art. 1116); ou il devrait du moins prouver le fait du détournement ou de la perte du titre, parce que c'est

encore un événement qui ne se suppose pas; chacun, au contraire, est présumé conserver soigneusement ses titres.

214. Dans le second cas, celui où l'écriture qui tend à la libération a été mise par le créancier, mais que le titre n'est pas toujours resté en sa possession, la disposition que nous expliquons paraîtrait ne point donner effet à l'écriture, puisqu'elle statue dans l'hypothèse *d'un titre qui est toujours resté en la possession du créancier*. Cependant cette circonstance, qui est importante lorsque l'écriture a été mise par un autre que le créancier, doit être indifférente lorsqu'elle l'a été par le créancier lui-même. Pourquoi, en effet, aurait-il écrit sur son titre qu'il a reçu un paiement, si effectivement il ne l'a pas reçu? Dira-t-on qu'il a pu écrire sur des propositions faites d'un paiement qui ensuite n'a pas eu lieu? En pareil cas on fait bien un projet de quittance à l'avance, ou même une quittance, mais on n'écrit pas sur son titre. D'ailleurs cela n'engagerait pas à s'en dessaisir, et en appliquant l'article à ce cas, l'écriture ferait foi de la libération, puisque ce titre ne serait pas sorti des mains du créancier et que l'écriture aurait été mise par lui. Objecterait-on aussi que le titre a pu être égaré, détourné? mais qu'est-ce que cela fait, puisqu'on raisonne dant l'hypothèse d'une écriture mise par le créancier, par conséquent avant le détournement ou la perte du titre, ou depuis qu'il en a recouvré la

possession. Et si, comme le dit avec raison Pothier, le créancier ne pourrait en biffant l'écriture qu'il a mise sur le titre, annuler cette preuve de la libération du débiteur, il ne le peut pas davantage en faisant sortir ce titre de ses mains, soit en le mettant en dépôt entre celles d'un tiers, soit en donnant sa créance en gage, soit de toute autre manière. Dès que c'est son écriture, elle doit faire foi contre lui, lors même qu'elle ne serait ni datée ni signée; et elle ferait encore bien mieux foi, s'il est possible, si le titre était en la possession du débiteur, puisque la simple remise volontaire qui lui en aurait été faite, ferait preuve de la libération (art. 1282), quoiqu'il n'y eût point de *pour acquit* ou autre déclaration de paiement, suivant ce que nous avons dit au tome précédent, n° 361, sauf la preuve des cas de fraude ou de perte de l'effet.

Ainsi, ces mots, *d'un titre qui est toujours resté en sa possession* (du créancier), ne sont point non plus mis dans un sens restrictif. Quand il s'agit *d'une écriture du créancier*, signée ou non, datée ou non, dès que l'écriture est de lui, elle doit faire foi, à moins qu'il ne prouve qu'elle est le résultat d'une erreur, d'une surprise ou d'un dol.

215. De plus, la disposition elle-même ne saurait s'appliquer au *pour acquit* que l'on est dans l'usage de mettre aux effets de commerce, à l'échéance, avant de les remettre au commis ou garçon de caisse chargé d'en aller toucher le montant, ainsi

que cela se pratique chez les banquiers et négocians en gros, quoique l'on soit incertain alors si l'effet sera payé. S'il ne l'est pas, le protêt a lieu, et il annule le *pour acquit*, précisément parce que *l'effet est resté en la possession du créancier*, et bien que l'écriture ait été mise par lui et qu'elle soit signée.

S'il n'en était ainsi, il y aurait impossibilité de faire toucher le montant des effets de commerce par un commis; il faudrait que le créancier se transportât lui-même en personne chez le débiteur pour mettre le *pour acquit* sur l'effet au moment où les deniers lui seraient comptés; ce qui serait on ne peut pas plus gênant pour le commerce.

Et il faut même en dire autant, du moins en général, du *pour acquit* mis aux billets *civils*, à l'échéance; l'article 1332, en effet, a eu en vue les paiemens faits par *à compte;* car lorsque la dette est acquittée en totalité, il est d'usage de remettre le titre lui même au débiteur.

216. Mais que doit-on décider lorsque l'écriture mise sur un titre est tellement effacée, raturée, qu'il est impossible d'en lire le contenu? On a vu plus haut que, suivant Pothier, l'écriture mise sur le titre de la dette par le créancier, et même par une autre main lorsque ce titre est toujours resté en sa possession, fait foi contre lui quoiqu'elle ait été barrée, attendu, dit-il, qu'il ne doit pas dépendre du créancier, ni de ses héritiers, de ravir au

débiteur, qui a eu assez de confiance en lui pour se contenter d'une décharge de cette nature, le bénéfice de sa libération. Cela ne saurait faire de doute dans tous les cas où l'on pourra découvrir ce que contenait l'écriture : mais dans celui que nous supposons, il y a réellement difficulté ; car était-ce bien réellement un paiement, et surtout de quelle somme était ce paiement : c'est ce qu'il est impossible de déterminer avec certitude. Mais comme, d'un autre côté, cette écriture a été mise à une fin, et que le créancier a eu tort de la détruire, nous croyons que ce serait un de ces cas où le juge peut déférer le serment, parce que si l'exception du défendeur n'est pas pleinement justifiée, du moins elle n'est pas, d'après les raisons ci-dessus, totalement dénuée de preuve ; et le serment devrait, en général, lui être déféré de préférence au demandeur.

217. Nous ne déciderions pas la même chose, du moins en général, sur le cas où un débiteur alléguerait que le créancier a fait disparaître, au moyen d'une coupure, une écriture qui était mise au bas, ou en marge du titre, et qui tendait à la libération ; cette allégation de fraude devrait, au contraire, être prouvée d'une manière positive, ainsi que celle qui consisterait à dire que le créancier a fait disparaître par des procédés chimiques une écriture mise sur le titre, et qui constatait aussi un paiement ou une décharge, chose que l'expérience

a malheureusement démontrée fort possible, surtout lorsque l'encre est de mauvaise qualité.

Tout cela fait voir le danger de ne pas retirer des quittances proprement dites; mais enfin le Code prévoit qu'un débiteur a pu se contenter d'une mention, sur le titre, d'un paiement qu'il a fait, et c'est ce qui a lieu en effet fréquemment.

218. La seconde disposition de l'art. 1332 exige, pour que l'écriture mise par le créancier au dos, en marge ou à la suite d'un double ou d'une quittance, fasse foi contre lui, une condition, quant au double, qui n'est cependant point nécessaire: *pourvu*, est-il dit, *que ce double soit entre les mains du débiteur*. Pourquoi, en effet, l'écriture mise par un vendeur, créancier du prix de vente, sur son propre double, et énonçant un paiement qui lui a été fait par un tiers pour l'acheteur, ou par celui-ci, qui n'avait pas son double au moment où il a payé, ne ferait-elle pas également foi? Comment expliquer la mention de ce paiement, s'il n'a réellement pas eu lieu? On prépare bien une quittance, dans l'attente d'un paiement sur lequel on compte, mais on n'écrit pas plus sur un double que sur un simple billet. L'article n'exige même pas, quand il s'agit d'une écriture mise aussi par le créancier à la suite, à la marge ou au dos d'une quittance, que cette quittance soit entre les mains du débiteur, et cependant cela pouvait paraître bien plus nécessaire que dans le cas d'une écriture mise par le

créancier sur un double. Néanmoins cette condition n'est point exigée, et c'est avec raison, car il n'est pas vraisemblable, comme dans le cas d'une quittance *à priori*, que le créancier ait mis cette écriture, sur l'annonce ou dans l'attente d'un paiement qui ensuite n'a pas eu lieu, puisque la quittance était dans les mains du débiteur. En la recevant pour y mettre celle d'un autre paiement, le créancier a dû recevoir en même temps ce paiement, ou du moins il a dû naturellement attendre qu'il lui fût fait, pour mettre l'écriture dont il s'agit.

Mais quant aux quittances principales, dont ne parle point l'article, il faut, pour qu'elles fassent preuve de la libération, qu'elles soient entre les mains du débiteur, attendu que beaucoup de personnes sont dans l'usage de préparer à l'avance les quittances qu'elles doivent donner, dans l'attente du paiement sur lequel elles comptent, surtout pour dettes de fermages, loyers, arrérages de rente, pensant qu'elles ne se trouveraient peut-être pas chez elles au moment où les débiteurs viendraient payer, et laissant ces quittances à une personne de la maison pour les leur remettre et toucher le paiement. Mais cette attente ne se réalise pas toujours, et on laisse néanmoins subsister la quittance pour la remettre au débiteur quand il viendra payer ; en sorte qu'elle ne fait pas foi tant qu'elle est dans la main du créancier.

Il n'y a donc de difficulté, et à cause de la rédaction vicieuse de cet article 1332, qu'à l'égard de

l'écriture mise par le créancier sur un *double;* or, s'il fallait absolument que ce double fût entre les mains du débiteur, pour qu'elle fît preuve du paiement qu'elle énonce, nous ne craignons pas de le dire, ce serait une grande absurdité, et le Code serait en contradiction avec ses propres principes.

En effet, si, d'après l'article 1331, l'écriture mise sur les registres et papiers domestiques du créancier, et qui énonce formellement un paiement reçu, fait foi de la libération du débiteur, comment pourrait-on prétendre que celle qui a été mise aussi par lui, créancier, sur son double, pour le même objet et la même fin, ne fait cependant pas foi contre lui? N'a-t-il pas même dû être encore plus circonspect à écrire sur son titre que sur son registre? cela ne sera douteux pour personne.

En second lieu, la première disposition de l'article 1332 lui-même veut que l'écriture mise par le créancier à la suite, à la marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fasse foi quoiqu'elle ne soit ni signée, ni datée par lui, lorsqu'elle tend à la libération du débiteur, et cette disposition ne distingue pas entre les actes faits en doubles originaux et les autres. Il n'y avait, en effet, aucune distinction à faire à cet égard.

L'erreur de cette rédaction, vient de ce qu'on a pris dans Pothier, comme une règle, ce que cet auteur ne donnait que comme un exemple, et l'on en a fait mal à propos une disposition exclusive. Ainsi, quand il dit que l'écriture mise par un ven-

deur, créancier du prix de vente, sur le double de l'acheteur, et qui tend à la libération de ce dernier, fait foi contre le vendeur, il dit une chose incontestable, mais il n'entend pas dire par là que si cette écriture se trouvait sur le double du vendeur, elle ne ferait pas également foi; car il serait en contradiction formelle avec ce qu'il avait déja dit sur l'effet des écritures d'un créancier, mises, soit sur ses registres, soit sur le titre même de la dette, et opérant libération.

Bien mieux, il dit qu'un *post-scriptum*, même écrit de la main d'un tiers sur le double du vendeur, et tendant à l'*obligation* de celui-ci, fait foi contre lui, si ce double n'est pas sorti de ses mains, parce qu'il ne l'aurait pas laissé écrire si la chose n'avait été convenue; nouvelle preuve qu'il n'est pas nécessaire, suivant Pothier, qu'on a mal entendu dans la rédaction de ces divers dispositions, que, pour qu'une écriture mise par l'une des parties sur un double fasse foi contre elle, ce double soit dans la main de l'autre, c'est-à-dire du débiteur, puisqu'il décide le contraire même dans un cas où il s'agit d'une écriture mise par un tiers, et où cette écriture tend à l'obligation.

219. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un double ou d'une quittance, fait foi quoiqu'elle ne soit ni signée ni datée. Ces mots de la seconde partie de l'article, *il en est de même*, etc., indiquent clairement qu'elle

statue aussi dans l'hypothèse, prévue à la première partie, d'une écriture non signée ni datée par le créancier.

Mais il est clair aussi qu'une écriture mise par un autre que le créancier sur le double du débiteur, ne ferait foi contre le créancier qu'autant qu'elle serait signée par lui.

220. Et si l'écriture mise sur le double *du débiteur*, ou sur une quittance, quoique par le créancier, est barrée, elle cesse de faire foi; car il est évident que le débiteur, en la possession duquel sont ces actes, n'aurait pas barré ou laissé barrer l'écriture si le paiement avait réellement eu lieu. Il y a tout lieu de croire, dit Pothier, que l'écriture a été mise sur des propositions qui n'ont pas ensuite été effectuées.

221. Mais l'écriture mise sur le double du créancier, et tendant à la libération, ne ferait pas moins foi quoiqu'elle fût barrée, parce que, ainsi que nous l'avons déja dit au sujet des écritures mises sur les registres ou sur un titre, il ne doit pas dépendre du créancier, ni de ses héritiers, d'enlever au débiteur, qui s'est contenté d'une telle décharge, le bénéfice de sa libération.

222. Voilà pour les écritures mises à la suite, au dos ou en marge d'un titre, d'un double ou d'une quittance, et tendant à la libération, les seules dont parle l'article 1332; mais il est des cas où, suivant

tous les auteurs qui ont traité des preuves, les écritures, même non signées ni datées, font foi contre celui qui les a mises sur un titre, quoiqu'elles aient pour objet une *obligation :* c'est lorsqu'elles sont en relation directe avec l'acte signé, et qu'elles sont au bas ou en marge, ou même au dos de cet acte. Par exemple, si, au bas d'une promesse signée de Paul, par lequelle il reconnaît que Philippe lui a prêté 1,000 francs, il est écrit de la main de Paul, en toutes lettres : *de plus, je reconnais que ledit sieur Philippe m'a encore prêté* 200 *francs ;* ces termes, *de plus, encore*, ayant une relation directe avec l'écrit signé de Paul, opéreraient aussi obligation. Telle est la décision de Boiceau, Danty et Pothier.

Art. VIII.

Des quittances.

223. Les quittances sont des actes destinés à constater les paiemens. Elles peuvent avoir lieu par écrit sous seing-privé comme par acte public, du moins ordinairement. Elles ont même lieu quelquefois par de simples écritures non signées, mises sur les registres du créancier, ou sur le titre même de la dette, ainsi que nous venons de l'expliquer.

Mais elles ne sont pas toujours conçues dans des termes qui ne laissent aucun doute sur la dette à laquelle elles s'appliquent, et par conséquent sur l'étendue de leurs effets ; car elles peuvent exprimer la somme payée, sans exprimer la cause de la dette,

ou la cause de la dette, sans exprimer la somme payée, ou bien n'exprimer ni la somme payée ni la cause de la dette, ou enfin exprimer l'une et l'autre.

224. Dans le premier cas, la quittance n'est pas moins valable, puisqu'elle énonce formellement un paiement reçu, et qu'une note conçue en ces termes, mise sur le registre du créancier, quoique non datée ni signée, ferait foi du paiement, suivant ce qui a été dit précédemment.

Si, dans ce cas, il y avait plusieurs dettes, on suivrait les règles établies par l'art. 1256 pour l'imputation légale, puisque la cause de la dette n'étant point exprimée dans la quittance, il n'y aurait par cela même aucune imputation spéciale faite par l'une ou l'autre des parties.

225. Dans le second cas, où la quittance, en exprimant la cause de la dette, n'exprime pas la somme qui a été payée, elle libère le débiteur de tout ce qu'il devait pour cette cause, mais uniquement de cela. Par exemple, si elle porte *Je reconnais avoir reçu de Paul ce qu'il me doit pour la vente que je lui ai faite de la coupe de bois de mon domaine de Lafont pour l'année* 1830, cette quittance comprendra bien tout ce qui était dû pour le prix de cette coupe, mais elle ne comprendrait pas ce qui pourrait être dû par Paul pour des ventes de coupes antérieures ou postérieures, quand

bien même il n'y aurait aucune réserve; et à plus forte raison ne comprendrait-elle pas ce que Paul pouvait me devoir pour d'autres causes.

226. Si la dette dont la quittance exprime la cause sans exprimer la somme payée, est pour loyers, fermages ou arrérages, sans que la quittance porte l'indication de l'année ou du terme pour lesquels le paiement a été fait, alors elle est censée donnée pour tout ce qui était échu au terme qui a précédé sa date; mais elle ne comprend point ce qui pourrait se trouver échu du terme actuel d'après le principe que les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 586); car le débiteur n'est pas censé avoir voulu payer avant l'échéance du terme ce qui faisait partie de ce terme.

Si, dans l'espèce, la quittance n'était pas datée, Pothier dit que, puisque le défaut de date empêche de savoir en quel temps elle a été donnée, elle ne vaudrait que pour un terme, à moins cependant qu'elle n'eût été donnée par l'héritier du créancier, auquel cas elle ferait foi du paiement pour tous les termes échus du vivant de ce dernier. Par la même raison, si elle avait été délivrée à l'héritier du débiteur, elle devrait faire foi aussi du paiement des termes qui étaient échus à la mort de celui-ci. Et si elle avait été enregistrée, ou mentionnée dans des actes authentiques, tels que procès-verbaux de scellé ou autres actes publics, comme alors elle aurait acquis une date certaine, puisqu'elle

l'aurait acquise même à l'égard des tiers (art. 1328), elle ferait également foi de tous les tesmes antérieurs à celui pendant lequel elle aurait acquis cette date. Tout cela est incontestable.

227. Lorsqu'une dette ordinaire est payable en plusieurs fois, la quittance donnée sans expression de la somme, par exemple, *j'ai reçu de mon beau-père ce qu'il me doit pour la dot de ma femme*, ne comprend que les termes échus à l'époque de sa date, parce que, dit Pothier d'après Loisel, il n'est pas présumable, suivant ce brocard de palais, *qui a terme ne doit rien*, que le débiteur ait payé ce qu'on ne pouvait pas encore exiger de lui : on n'est pas présumé renoncer au bénéfice du terme.

Il y aurait plus de difficulté, dit le même auteur, « si la quittance était ainsi conçue : *j'ai reçu la « dot de ma femme.* » Ces expressions générales et indéfinies paraîtraient comprendre toute la dot, et par conséquent même les portions dont les termes de paiement n'étaient pas encore échus à l'époque de sa date.

A plus forte raison en serait-il ainsi, dans ce cas, si la quittence n'était pas datée. Si elle ne l'était pas non plus dans la première hypothèse, pour être conséquent avec ce qui vient d'être dit sur le cas où la dette était pour loyers, fermages ou arrérages, et que la quittance n'exprime ni la somme payée ni l'année à laquelle se rapporte le paiement, il faudrait peut-être décider qu'elle ne comprend

qu'un terme ou les termes échus au moment où elle a acquis date certaine ; mais nous pensons que les circonstances de la cause devraient être prises en grande considération, pour déterminer à quelle partie de la dot se rapportait la quittance lorsqu'elle a été délivrée.

228. Dans la troisième hypothèse, celle où la quittance n'exprime ni la somme payée ni la cause de la dette, comme lorsqu'elle porte simplement : *Je reçonnais avoir reçu de M. un tel ce qu'il me doit*, elle comprend toutes les différentes dettes qui existaient à l'époque de sa date, excepté celles qui n'étaient pas encore échues, et celles aussi dont celui qui a donné la quittance ignorait alors l'existence. Elle ne comprendrait pas non plus les capitaux de rente, puisqu'en général ils ne sont pas exigibles, ni ce que celui qui a reçu la quittance ne devait qu'en qualité de caution d'une autre personne, attendu qu'il n'est pas présumable qu'il ait voulu payer cette dette, au lieu d'user du bénéfice de discussion, dans le cas où il n'y aurait pas renoncé, et surtout qu'il ait voulu payer sans retirer une quittance particulière, au moyen de laquelle il pût facilement exercer son recours contre le débiteur principal. Pothier est du même avis sur tous ces points.

229. Mais cet auteur ne dit rien de l'hypothèse où la quittance qui n'exprime ni la somme payée ni la cause de la dette, ne serait pas datée, suppo-

sition cependant qu'il a faite dans d'autres cas. Nous croyons que, dans celui-ci, comme dans le précédent, le juge devrait se déterminer par les circonstances de la cause, propres à l'éclairer sur l'époque où la quittance a été délivrée; et que, indépendamment de l'interrogatoire sur faits et articles, et du serment que l'une des parties pourrait déférer à l'autre (que le juge pourrait même déférer comme supplétoire), il y aurait lieu à admettre la preuve testimoniale, sur la demande du débiteur, pour établir l'époque où la quittance a été donnée; car c'est là un simple fait, et d'ailleurs le créancier est en faute de n'avoir pas daté sa quittance.

230. Mais lors même que le créancier, dans le cas d'une quittance générale, n'aurait pas remis au débiteur un billet échu à l'époque du paiement, la dette portée en ce billet n'en serait pas moins comprise en la quittance, nonobstant la raison de douter tirée de ce que si elle eût été acquittée, le billet aurait dû être remis; car on peut fort bien présumer que s'il ne l'a pas été, c'est parce que le créancier ne l'avait pas chez lui ou sur lui au moment du paiement Et ces termes généraux, *ce qu'il me doit,* sans aucune réserve, ont pu et dû faire croire au débiteur qu'il n'avait rien à craindre, et lui faire ensuite négliger de retirer son billet. Toutefois, les circonstances de la cause pourraient demander une solution différente.

231. Enfin dans la quatrième hypothèse, celle où la quittance exprime tout à la fois et la somme payée et la cause de la dette, il ne peut guère s'élever de difficulté.

Si la somme comptée excède ce qui était dû pour la cause exprimée, le débiteur, en supposant qu'il ne dût pas, pour une autre cause, une chose de même espèce, a l'action en répétition de l'excédant, *condictio indebiti;* et il l'a pour le tout, s'il n'y avait pas de dette.

232. La quittance du capital donnée sans réserve des intérêts, en fait présumer le paiement, et en opère la libération. (Art. 1908.)

La question de savoir si les quittances d'une ou plusieurs années d'arrérages font présumer le paiement des précédentes, sera traitée quand nous parlerons des présomptions.

§ III.

Des tailles.

SOMMAIRE.

233. *Ce qu'on entend par* tailles ; *corrélatives à leurs échantillons, elles font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.*

234. *Ce qui doit avoir lieu dans le cas où le débiteur ne représente pas sa contre-taille ou échantillon.*

235. *Si le débiteur nie la fourniture, la taille ne fait pas preuve, mais elle peut, comme un registre, autoriser le juge à déférer le serment au marchand.*

236. *Les tailles, lorsque l'échantillon est représenté, doivent être considérées comme un arrêté de compte entre les parties, qui empêche la prescription de six mois ou d'un an.*

233. On appelle *tailles* un morceau de bois fendu en deux, et sur les deux parties duquel, rapprochées l'une de l'autre, on fait des signes ou coches pour constater la quantité des marchandises livrées par les fournisseurs aux consommateurs. Le marchand ou détaillant garde l'une de ces parties, qui se nomme la *taille;* et l'autre, appelée échantillon, demeure en la possession de celui qui reçoit les fournitures : c'est une sorte de preuve littérale. Les boulangers et les bouchers principalement sont dans l'usage de constater de cette manière les fournitures qu'ils font aux particuliers.

Il serait en effet trop gênant pour eux et pour ceux qui reçoivent ces fournitures, répétées souvent, et pour lesquelles on emploie le ministère tantôt d'une personne, tantôt d'une autre, de les constater régulièrement par écrit, ou de payer à chaque fois. Aussi le Code accorde-t-il aux tailles la force de faire foi en justice : « Les tailles cor« rélatives à leurs échantillons font foi entre les « personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi « les fournitures qu'elles font ou reçoivent en « détail (art. 1333). »

234. Il peut arriver que le débiteur ne représente pas l'échantillon, ou parce qu'il est perdu ou égaré, ou parce qu'il ne lui convient pas de

le représenter, et néanmoins qu'il critique la taille comme portant des signes de fournitures qui n'auraient pas été faites. Voici ce que décidait sur ce cas la Coutume de Tournai, art. 14 *de l'ampliation*, dont la disposition nous paraîtrait devoir être suivie, parce qu'elle était juste : « Par le style « des cours laies, quand quelque personne fait de- « mande de quelque somme de deniers, à cause « de quelque sorte de marchandises que ce soit, « livrée sur taille, que le demandeur fait exhibi- « tion de sa taille, requérant que l'ajourné exhibe « sa contre-taille ; en ce cas, le rée (le défendeur) « est ajourné, si avant qu'il ait la contre-taille de « celle exhibée, est tenu à en faire exhibition ; « à défaut de quoi faire, la taille par le demandeur « exhibée est tenue pour vérifiée, et ce fait, tel « demandeur est tenu par après à vérifier le prix. »

235. Mais si le défendeur nie avoir reçu les fournitures, la taille produite par le demandeur ne peut évidemment pas plus faire preuve que ne le feraient ses propres registres, puisqu'on ne peut se faire un titre à soi-même.

Cependant, d'un autre côté, la taille étant considérée comme une espèce de registre, il y aurait lieu d'appliquer ce que nous avons dit au sujet des registres des marchands à l'égard des personnes non marchandes, savoir, que le juge pourrait déférer le serment au demandeur, si celui-ci jouissait d'une bonne réputation, si le défendeur

était dans l'usage de se servir chez lui, et si la fourniture était vraisemblable d'après la quantité de marchandises dont le prix serait demandé. Ces diverses circonstances feraient en effet que la demande ne serait pas *totalement* dénuée de preuve.

236. Doit-on regarder le mode de constater les fournitures par des tailles conformes à leurs échantillons, comme *une reconnaissance*, *un compte arrêté*, à l'effet d'empêcher le débiteur de pouvoir opposer la prescription de six mois ou d'un an (art. 2274.)?

Lorsque l'échantillon n'est pas représenté, la taille reste seule, et n'a pas plus de force qu'un article du journal du marchand; par conséquent il ne saurait être douteux que cette prescription a pu courir, sauf au demandeur, comme le porte l'art. 2275, à déférer le serment au défendeur, sur la question de savoir si la chose a réellement été payée.

Mais lorsque l'échantillon est produit, par exemple, parce que, en cas de faillite, ou après décès, il a été mis sous scellé, on peut soutenir que, corrélatif à la taille, il forme une reconnaissance de la dette, une sorte de compte arrêté entre les parties. En effet, si les fournitures avaient été acquittées, on aurait détruit la taille et l'échantillon, du moins cela est présumable, parce que cela se fait ordinairement ainsi; or, comme la prescription de six mois ou d'un an n'est fondée

que sur la présomption de paiement, on peut, selon nous, prétendre qu'elle n'a pas couru dans l'espèce.

§ IV.

Des copies de titres.

SOMMAIRE.

237. *Toute copie quelconque, grosse ou autre, ne fait foi que de ce qui est contenu au titre original, dont la représentation peut toujours être exigée tant qu'il subsiste.*

238. *Les notaires doivent délivrer les copies parfaitement conformes à l'original, avec les irrégularités, s'il y en a.*

239. *Lorsque le titre original ne subsiste plus, le débiteur ne peut pour cela se refuser à payer sous prétexte qu'on ne le lui représente pas. Espèce jugée par la Cour de Paris, au sujet d'un testament dont la minute était perdue.*

240. *C'est au créancier à prouver que l'original ne subsiste plus ; et comment se fait la preuve.*

341. *Le laps de trente ans et plus ne dispense pas le créancier de la représentation du titre original, si elle est demandée.*

242. *Ce que doit faire le débiteur lorsque l'on fait sur lui des saisies au moyen de la grosse qu'il soupçonne n'être pas conforme à l'original.*

243. *Texte de l'art. 1335, qui divise les copies en quatre classes.*

244. *Effets des grosses ou premières expéditions, et des secondes grosses, tirées en vertu d'ordonnance du juge ou du consentement des parties.*

245. *Effet des expéditions simples ou tirées depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, par l'officier dépositaire de la minute, et lorsqu'elles ont plus de trente ans de date.*

237. Une règle commune à toutes les copies, c'est que, lorsque le titre original subsiste, elles ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée. (Art. 1334.)

238. Les notaires, en effet, ne doivent pas se permettre, même par motif d'interprétation, de rien ajouter, dans les grosses et expéditions qu'ils délivrent, au titre original ou minute, ni d'y rien

retrancher. Si la minute est irrégulière sous quelque rapport, ils doivent laisser subsister l'irrégularité dans les grosses et expéditions, parce qu'ils ne doivent pas enlever aux parties le bénéfice de la nullité, si l'irrégularité pouvait donner lieu à la prononcer.

239. Mais lorsque le titre original ne subsiste plus, et que cela est démontré, les copies font foi d'après les distinctions qui seront établies ci-dessous (art. 1335), et le débiteur ne peut prétexter, pour se dispenser d'exécuter l'obligation, qu'on ne lui représente point l'original qu'il a souscrit.

Il a même été jugé par la Cour de Paris, le 14 avril 1810 (1), que la transcription littérale d'un testament, dont la minute était perdue ou adirée, dans l'inventaire qui avait été fait de la succession du testateur, suffisait pour constater l'existence et le contenu des dispositions. Et cependant l'arrêtiste ne dit pas que le notaire qui avait fait l'inventaire était celui ou le successeur de celui qui avait reçu le testament; circonstance qui contribuait encore à augmenter le doute sur l'effet de cette copie, et qui semblait devoir la ranger dans la classe de celles dont il est parlé au n° 3 de l'art. 1335, lesquelles ne sont considérées que comme de simples commencemens de preuve par écrit. Bien mieux, tout porte à croire que c'était

---

(1) Sirey, 1814-1-72.

sur l'*expédition* du testament que la transcription avait été faite dans l'inventaire ; en sorte que cette transcription n'était, en réalité, qu'une copie de copie, qui, d'après la disposition finale du même article, ne vaut que comme simple renseignement. Mais les circonstances de la cause ont déterminé la décision.

240. Pour que le créancier soit dispensé de représenter le titre original, lorsque le débiteur en demande la représentation, il faut qu'il prouve qu'il ne subsiste plus : et cette preuve se fait généralement par une attestation de l'officier public qui a reçu l'acte, ou de son successeur ou autre dépositaire de ses minutes, et qui explique, autant que possible, la cause de la perte du titre, si elle a eu lieu par force majeure ou accident, ou, lorsque c'est un titre ancien, la cause probable de l'absence de ce titre du nombre des minutes dont le notaire signataire du certificat est dépositaire ; sauf au débiteur à demander qu'un compulsoire soit ordonné, pour s'assurer davantage de la perte réelle de celle dont il s'agit, s'il a des doutes à cet égard.

241. Et, quel que soit le temps qui se soit écoulé depuis que l'acte a été passé, le créancier n'est point dispensé de produire le titre original, tant qu'il n'est pas justifié qu'il ne subsiste plus, si le débiteur prétend ou soupçonne qu'il n'est point fidèlement reproduit dans la copie qu'on lui oppose : la loi ne fait pas, dans ce cas, la distinction

qu'elle fait dans l'art. 1337 par rapport aux actes récognitifs, dont on est dispensé de produire l'original, si sa teneur est spécialement relatée dans le titre récognitif, ou s'il y a plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession, dont l'une a au moins trente ans de date.

242. Cependant si le créancier, en vertu de la grosse qui lui a été délivrée, fait une saisie mobilière ou immobilière, parce que son titre réunit toutes les conditions requises à cet effet par l'article 551 du Code de procédure, comme cette grosse est présumée conforme à l'original, et qu'elle porte mandement aux officiers de justice de la mettre à exécution, le débiteur, s'il croit qu'elle ne lui est pas conforme, doit se pourvoir en referé pour que la minute soit représentée. Car il faut toujours en revenir au titre original, tant qu'il subsiste; c'est le véritable dépòt des conventions des parties. Mais l'on sent qu'il ne peut demander à l'huissier de lui représenter ce titre, puisque cet officier ministériel ne l'a pas en sa possession, les minutes restant chez le notaire, et qu'il ne peut pas non plus l'empêcher de mettre la grosse à exécution, puisque le commandement lui en est fait par l'autorité compétente. Le débiteur doit donc se pourvoir au plus tôt en référé, pour obtenir que la minute soit représentée, et pour faire ordonner que jusque-là il soit sursis à la saisie.

243. L'article 1335 divise les copies en quatre

classes, et elles font foi d'après les distinctions suivantes, lorsque le titre original ne subsiste plus.

« 1° Les grosses ou premières expéditions (1) « font la même foi que l'original : il en est de même « des copies qui ont été tirées par l'autorité du « magistrat, parties présentes ou dûment appelées « (conformément à l'art. 844 du Code de procé- « dure), ou de celles qui ont été tirées en présence « des parties et de leur consentement réciproque.

« 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, « ou sans le consentement des parties, et depuis « la délivrance des grosses ou premières expé- « ditions, auront été tirées sur la minute de l'acte « par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses « successeurs, ou par officiers publics qui, en cette « qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, « en cas de perte de l'original, faire foi quand elles « sont anciennes.

« Elles sont considérées comme anciennes quand « elles ont plus de trente ans.

« Si elles ont moins de trente ans, elles ne peu- « vent servir que de commencement de preuve « par écrit.

(1) Dans les pays coutumiers, la première expédition se nommait *grosse*; dans les pays de droit écrit, *première expédition*; et partout, titre *paré*, c'est-à-dire exécutoire, sans qu'il soit besoin de *pareatis* de la part des tribunaux.

Cependant on peut se contenter d'une première expédition non en forme exécutoire, par exemple dans le cas d'une reconnaissance d'un droit de servitude, où il n'y a pas de commandement et de saisie à faire, mais seulement un droit à constater.

« 3° Lorsque les copies tirées sur la minute « d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui « l'a reçu ou par l'un de ses successeurs, ou par « officiers publics qui, en cette qualité, sont dépo- « sitaires des minutes, elles ne pourront servir, « quelle que soit leur ancienneté, que de commen- « cement de preuve par écrit.

« 4° Les copies de copies pourront, suivant les « circonstances, être considérées comme simples « renseignemens. »

Analysons chacune de ces dispositions.

244. Il y a une importante différence, suivant Dumoulin (1), entre les premières grosses ou premières expéditions, et celles qui ont été tirées ensuite d'après l'autorité du magistrat ou du consentement réciproque des parties.

Les premières font foi de leur contenu et de leur date, non seulement entre les parties, leurs héritiers ou ayant-cause, mais encore à l'égard des tiers; au lieu que les autres ne font pas foi à l'égard des tiers. Elles ne font pas foi, dit cet auteur, ni contre le cohéritier ni contre le fidéjusseur non appelés à la délivrance de la seconde grosse, ni contre un créancier ou tout autre étranger; et par une conséquence ultérieure, il conclut qu'elles ne suffiraient pas pour constater une priorité d'hypothèque, ni pour faire preuve du titre

---

(1) *In consuetud. parisiense*, § 8, gl. 1, n° 37.

qui doit servir de fondement à la prescription de dix et vingt ans, parce que tout ce qui s'est fait à l'occasion de la seconde grosse, est par rapport aux tiers, *res inter alios acta, quæ aliis nec prodesse nec nocere potest.*

Nous tombons parfaitement d'accord que la seconde grosse tirée, soit en vertu d'une ordonnance du juge, soit d'un commun consentement des parties, ne peut pas faire foi contre un cohéritier ou une caution, ou un codébiteur solidaire, ou toute autre personne intéressée, qui n'a point consenti à sa délivrance, et qui n'y a point non plus été dûment appelé; qu'elle est impuissante pour les obliger.

Mais nous croyons aussi qu'elle prouve, même à l'égard des tiers, que la convention a eu lieu, *rem ipsam*, et en conséquence qu'elle peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans, à partir du jour où elle a été tirée, puisque, suivant le sentiment commun des docteurs, un acte sous seing-privé a cet effet, à partir du moment où il a acquis date certaine. Le créancier pourrait, par la même raison, prendre inscription en vertu de cette seconde grosse, et se présenter dans les ordres ouverts sur le débiteur, et dans les distributions mobilières. La première grosse était aussi bien, par rapport aux tiers, *res inter alios acta*, que l'est la seconde, et si néanmoins elle eût produit ces effets à leur égard, en tant qu'elle aurait prouvé *rem ipsam*, le fait même de la convention, en un mot le droit

du créancier, la seconde doit également le prouver, du moins à partir du jour où elle a été tirée, puisqu'elle est aussi le résultat d'une convention expresse ou tacite entre les parties : expresse, si elle a été tirée d'un commun consentement; tacite, si elle l'a été en vertu d'ordonnance du juge.

245. Les copies de la seconde espèce sont celles qu'on appelle expéditions simples. Comme elles ne sont point en forme exécutoire, parce qu'elles sont délivrées depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, chacune des parties peut en lever tant que bon lui semble, sans le consentement de l'autre ou l'autorité du magistrat, à la charge d'en payer le coût.

Et lors même que, par oubli de ses devoirs, le notaire aurait, depuis la délivrance de la grosse à chacune des parties, délivré à l'une d'elles une de ces copies en forme exécutoire, sans l'autorité du juge ou le consentement de toutes les parties intéressées, cette copie ne ferait que la même preuve que ferait une copie non en forme exécutoire, ou simple expédition.

Les copies dont il s'agit ne font foi, en cas de perte de l'original, que lorsqu'elles ont été tirées par le notaire qui a reçu l'acte, ou le successeur à ses minutes, et lorsqu'elles ont plus de trente ans de date; mais alors elles font foi, parce qu'on ne peut pas raisonnablement supposer que le créancier se soit préparé si long-temps à l'avance, et

dans la prévoyance de la perte du titre original, un moyen d'augmenter les obligations du débiteur : aussi n'est-ce pas à la date de l'acte que l'on doit s'attacher, mais à la date des copies elles-mêmes. Et pour qu'elles fassent foi, en cas de perte de l'original, il est encore nécessaire qu'elles aient été tirées sur la minute même de l'acte, et par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, étaient dépositaires des minutes du notaire au moment où la copie a été tirée.

246. Lorsque ces copies n'ont pas trente ans de date, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit; et il faut bien remarquer que l'article ne dit pas qu'elles *doivent* servir de commencement de preuve, mais qu'il dit simplement qu'elles ne *peuvent* servir que de commencement de preuve par écrit : ce qui est bien différent. Les juges ne sont donc point obligés de les admettre, même à ce titre, si leur conviction s'y oppose (1). D'ailleurs, la Cour de cassation, par son arrêt du 30 avril 1807, que nous avons cité précédemment, n° 189, a jugé que l'appréciation des caractères d'une pièce produite comme commencement de preuve par écrit, est dans le domaine des juges, et en conséquence que le juge-

---

(1) Voir ce que nous disons *infrà*, en parlant du commencement de preuve par écrit défini par l'art. 1347.

ment en dernier ressort ou l'arrêt de la Cour d'appel qui rejette une pièce présentée comme commencement de preuve écrite, n'est pas susceptible de cassation.

Lorsque le tribunal admet la copie comme commencement de preuve par écrit, c'est par exception à la définition que l'article 1347 donne du commencement de preuve écrite, car il n'attribue cet effet qu'à un écrit *qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente*, et qui rend vraisemblable le fait allégué; or, cette copie n'est point un écrit émané de celui à qui elle est opposée, ni de son auteur.

247. Puisque la copie peut valoir comme commencement de preuve par écrit, dans le cas prévu, et sous les conditions qui ont été expliquées, il suit de là que la preuve testimoniale est admissible pour compléter la preuve, puisqu'elle est admissible lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347); mais, à raison de l'ancienneté de l'acte, il sera rare que cette preuve soit possible en fait.

Par voie de conséquence, les juges peuvent aussi se déterminer par le secours des présomptions graves, précises et concordantes, quelle que soit la valeur du litige, puisqu'ils y sont autorisés, par l'art. 1353, dans les cas où la loi admet les *preuves testimoniales*. Or, elle les admet toutes les fois qu'il y a un commencement de preuve par écrit (arti-

cle 1347). Il n'est d'ailleurs point vraisemblable que les rédacteurs du Code, en considérant ces copies comme pouvant servir de commencement de preuve écrite, aient entendu que la preuve testimoniale seule pourrait compléter la preuve; car, ainsi que nous venons de le dire, la preuve par témoins sera rarement possible en fait dans ce cas.

248. Les copies de la troisième espèce sont celles, avons-nous dit, qui ont été tirées sur la minute de l'acte, mais non par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou officiers publics qui, en cette qualité, étaient dépositaires des minutes; elles ne peuvent servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit : ce qui ne veut pas dire qu'elles ont cet effet aussi dans le cas où elles auraient moins de trente ans de date, puisque ce serait leur attribuer la même force et valeur que celles qui ont été délivrées par des officiers qui avaient qualité pour le faire, comme dans le cas précédent, ce qui serait contraire aux principes de la matière; mais ce qui veut dire que, lors même que ces copies auraient plus de trente ans de date, elles ne pourront servir que de commencement de preuve par écrit.

Ces copies ont donc été tirées par quelqu'un qui, en raison de quelque circonstance particulière, a eu en son pouvoir la minute de l'acte, puisqu'on les suppose tirées *sur la minute.* Pothier dit qu'elles ne font qu'un *très léger indice;* mais

l'article 1335 paraît leur donner plus d'effet, en autorisant les juges à les admettre comme commencement de preuve par écrit. Néanmoins, nous croyons qu'ils doivent être plus réservés à les admettre à ce titre, que celles du cas précédent, qui ont été tirées par le notaire qui a reçu l'acte, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, étaient dépositaires des minutes. Il est vrai qu'on suppose que celles-ci n'ont pas trente ans de date, tandis que celles dont nous parlons maintenant doivent avoir au moins trente ans pour pouvoir être admises comme commencement de preuve écrite ; mais cette différence, en général, ne suffit pas, selon nous, pour balancer celle qui résulte de ce que les unes ont été tirées par officiers compétens à cet effet, tandis que les autres l'ont été par d'autres personnes : aussi Pothier ne les regardait-il que comme de très légers indices.

249. Les copies de la quatrième espèce sont les copies de copies, et l'art. 1335 dit qu'elles peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme *simples renseignemens*. Cependant il est des cas où elles ont un bien plus puissant effet, puisqu'elles font preuve complète, sauf à l'autre partie à demander la représentation du titre original, s'il existe, et à s'y référer.

250. En effet, suivant l'art. 844 du Code de procédure, une partie peut se faire délivrer une seconde

grosse non seulement d'une minute d'acte, mais encore *par forme d'ampliation sur une grosse déposée*, ce qui n'est qu'une copie de copie, et ce qui ne rentre dans aucun des trois premiers cas de l'article 1335 du Code civil, où il n'est question, dans tous, que de copies tirées *sur la minute*. A cet effet, comme nous l'avons dit précédemment, au sujet des secondes grosses tirées sur la minute même de l'acte, la partie présente requête au président du tribunal de première instance : en vertu de l'ordonnance qui intervient, elle fait sommation au notaire dépositaire de la grosse, pour faire la délivrance à jour et heure indiqués, et aux parties intéressées pour y être présentes ; mention est faite de cette ordonnance au bas de la seconde grosse, ainsi que de la somme pour laquelle on pourra exécuter, si la créance est acquittée ou cédée en partie.

Et en cas de contestation, les parties se pourvoient en référé. (Art. 845, *ibid.*)

Ainsi encore, si, après avoir fait le dépôt de ma grosse chez un notaire, même autre que celui qui a reçu l'acte, j'en tire une expédition en forme exécutoire, du consentement du débiteur, je pourrai me servir de cette expédition pour exécuter, et elle fera foi contre lui et ses héritiers, en cas de perte de l'original, comme l'original lui-même, quoiqu'elle ne soit cependant *qu'une copie de copie*, car, puisque le débiteur a consenti à ce qu'elle me fût délivrée, il a par cela même reconnu la vérité des conventions renfermées dans celle sur laquelle

elle a été tirée ; et comme l'acte par lequel il a fait cette reconnaissance est pardevant notaire, foi lui est due jusqu'à inscription de faux, conformément à l'art. 1319.

Ces deux cas ne sont donc pas ceux qu'on a eus en vue dans le n° 4 de l'art. 1335, quand il dit que « les copies de copies pourront, suivant les circonstances, « être considérées comme simples renseignemens. »

Mais l'on sent qu'il en doit être, par rapport au cohéritier du débiteur, au fidéjusseur ou au codébiteur solidaire, qui n'ont point consenti à la délivrance de la seconde copie, ou qui n'ont point été sommés de se trouver à la délivrance de celle qui aurait été tirée en vertu de l'autorité du magistrat, comme des grosses tirées sur la minute depuis la délivrance de la première, sans leur consentement ou sans qu'ils aient été sommés de se trouver à la délivrance de celle qui a eu lieu en vertu d'ordonnance du juge : elle ne peut non plus faire foi contre eux. Mais a l'égard des tiers, elle prouverait également *rem ipsam*, comme la première grosse ; elle servirait en conséquence de base à la prescription de dix et vingt ans, à partir de sa date, et si la convention emportait hypothèque, le créancier pourrait pareillement prendre inscription.

251. Une seconde espèce de copies de copies se trouve dans le cas suivant, mais avec des effets bien moins étendus que dans ceux dont nous venons de parler. C'est lorsqu'un tiers veut faire usage

d'une copie tirée sur celle qu'une autre personne avait elle-même fait tirer sur la minute de l'acte. Pothier donne cet exemple, d'après Dumoulin : « Pierre, domestique d'un de mes parens dont je « suis héritier, a fait, en vertu d'une ordonnance « du juge, en la présence de mon procureur, tirer « copie entière du testament de ce parent; après « quoi il s'est fait saisir par moi d'un legs de 100 écus « qui lui était fait par le testament; cette copie a « été tirée sur l'original qui était déposée chez un no- « taire. Depuis, survient Jacques qui demande la dé- « livrance d'un legs de 10,000 écus porté par le même « testament; et comme l'original a été depuis égaré, « il donne requête au juge pour en être tiré copie « en ma présence, ou moi dûment appelé, sur celle « qui en avait été tirée par Pierre. Dumoulin dit « que cette copie tirée par Jacques sur celle tirée « par Pierre, ne fait pas contre moi *preuve entière*, « telle que ferait en faveur de Pierre celle que Pierre « a tirée sur l'original, parce que, dit-il, *nova con- « tradicendi causa subest.* J'ai aujourd'hui des rai- « sons de contredire et de contester l'original, que « je n'avais pas lorsque Pierre a fait tirer sa copie : « le legs que Pierre me demandait étant un legs « modique de 100 écus, il ne valait pas la peine « que je contestasse l'original du testament; c'est « pourquoi j'ai pu négliger les moyens que j'avais « de le contester. Mais aujourd'hui que Jacques me « demande 10,000 écus, j'ai un grand intérêt d'exa- « miner si l'original du testament est en règle; c'est

« pourquoi, de ce que j'ai bien voulu passer la co-« pie de Pierre pour la copie d'un testament en « règle, il ne s'ensuit pas que je doive reconnaître « la même chose à l'égard de la copie de Jacques, « tirée sur celle de Pierre. »

Cette décision nous paraît incontestable, mais le Code dit que les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignemens; au lieu que Dumoulin et Pothier, dans l'espèce ci-dessus, semblent considérer la copie de copie comme plus puissante, en disant qu'elle ne fait pas *preuve entière*, ce qui indique clairement, selon eux, qu'elle fait un commencement de preuve écrite très considérable; or, d'après les deux dernières dispositions de l'art. 1335 combinées, il est clair qu'un commencement de preuve par écrit est plus qu'un simple renseignement. Mais dans l'espèce prévue par ces auteurs, la copie de copie doit en effet valoir comme un commencement de preuve écrite, et l'on a vu plus haut que la Cour royale de Paris a ordonné la délivrance d'un legs porté dans un testament perdu ou adiré, dont on ne représentait d'autre preuve que la transcription littérale faite dans l'inventaire de la succession, copie qui avait probablement eu lieu aussi sur une expédition, ou copie de l'original.

252. Il y a encore une autre espèce de copies de copies : lorsque la partie fait tirer une copie de l'expédition ou même de la grosse qui lui a été remise,

en l'absence de l'autre partie, et sans ordonnance du juge. Cette copie, fût-elle tirée par un notaire, ne pourrait servir que de simple renseignement, et non de commencement de preuve par écrit; car le notaire ne pourrait attester qu'une chose, qu'il a tiré cette copie sur celle qui lui a été présentée ou remise en dépôt, et qu'il l'a tirée avec la plus scrupuleuse exactitude; mais il ne pourrait attester *propriis sensibus* que les conventions portées en l'acte sur lequel il l'a tirée sont certaines, puisqu'il ne les a pas vu consentir. A plus forte raison si cette copie était un acte sous seing-privé, étranger à la partie à laquelle on l'opposerait, ne serait-elle qu'un très faible renseignement, et même à peu près rien du tout si elle était du créancier lui-même ou de l'un de ses successeurs, ou si elle était dépouillée de signature et de date.

En général, on a eu en vue par copies de copies, comme pouvant servir de simples renseignemens, celles qui étaient faites anciennement par des commissaires-terriers, et quelquefois par des décimateurs, sur des expéditions qui se trouvaient en leurs mains.

253. Suivant l'art. 1336, « La transcription d'un « acte sur les registres publics ne peut servir que « de commencement de preuve par écrit, et il faut « même pour cela :

« 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes « du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît

« avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve « que la perte de la minute de cet acte a été faite « par un accident particulier ;

2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, « qui constate que l'acte a été fait à la même date.

« Lorsqu'au moyen du concours de ces deux cir- « constances la preuve par témoins sera admise, il « sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de « l'acte, s'ils existent encore, soient entendus. »

254. La raison que Pothier donnait de ces dispositions, c'est qu'il serait au pouvoir d'un faussaire de faire inscrire sur le registre *des insinuations* un faux acte de donation, et d'anéantir les preuves du faux en détruisant ensuite cet acte. La formalité de la transcription remplace aujourd'hui celle de l'insinuation, et elle n'est prescrite que pour les donations de biens susceptibles d'hypothèque (art. 939), c'est-à-dire les immeubles, leurs accessoires réputés immeubles, et l'usufruit des mêmes biens. (Art. 2118.)

Mais on transcrit aussi les actes de vente d'immeubles, et ceux d'échange de biens de même nature ; en sorte que l'article 1336 est pareillement applicable à la transcription de ces actes.

255. Cet article est muet sur l'effet de l'*enregistrement*, qui n'est rien autre chose qu'une énonciation sommaire de la nature de l'acte et de sa substance, sur un registre, afin d'en constater la date.., et de soumettre les parties au paiement des

droits de mutation de propriété, ou autres droits fixés par les lois.

Il est clair que, pour les actes sous seing-privé, comme les conditions voulues par l'article 1336 ne peuvent exister, l'enregistrement de ces actes ne saurait produire un commencement de preuve par écrit.

Il n'y a donc de question qu'à l'égard des actes authentiques qui n'ont pas été soumis à la formalité de la transcription (1). On peut prétendre que, quand bien même les deux conditions exigées par cet article se rencontreraient, le simple enregistrement de l'acte ne doit pas être admis comme commencement de preuve par écrit, attendu que le Code ne le dit pas, ainsi qu'il le dit à l'égard de la transcription; et l'enregistrement n'émanant point de celui auquel il serait opposé, ni de son auteur, l'on ne se trouve dans aucun des cas où la loi autorise l'admission d'un acte comme commencement de preuve écrite. On peut ajouter que le mode de la transcription et celui du simple enregistrement sont fort différens : que la première est la copie littérale de l'acte sur les registres, tandis que l'enregistrement n'est qu'une simple énonciation sommaire de la nature et de la substance de cet acte ; et par con-

(1) Comme, d'après la loi de finance de 1816, le droit de transcription se perçoit en même temps que le droit proportionnel pour mutation de propriété, on n'a plus d'intérêt à ne pas faire transcrire, comme avant cette loi; en sorte que la transcription a presque toujours lieu, lors même qu'il n'y a point d'hypothèques à purger.

séquent comme le premier mode, par le développement de toutes les conventions portées dans l'acte présente plus de moyens de juger de la vérité de ces conventions, que le second, on conçoit très bien que la loi ait pu regarder l'un comme pouvant servir de commencement de preuve par écrit, avec le concours des deux conditions qu'elle a exigées, sans avoir voulu pour cela attacher le même effet à l'autre.

Nonobstant ces raisons, nous pensons qu'au moyen du concours de ces deux conditions, qui sont assurément de fortes garanties contre la possibilité d'un acte faux que l'on aurait fait enregistrer, et que l'on aurait ensuite détruit, il ne peut y avoir d'inconvéniens sérieux à admettre l'enregistrement comme commencement de preuve par écrit, si d'ailleurs les circonstances de la cause n'en détournent pas les juges. On ne peut disconvenir qu'il ne rende *vraisemblable* le fait allégué, et c'est là principalement ce que désire la loi pour autoriser les tribunaux à admettre une pièce comme commencement de preuve écrite. Si elle exige, dans les cas ordinaires, que cette pièce soit écrite de la main de la personne à laquelle on l'oppose, ou de celle de son auteur, c'est parce que c'est la circonstance qui, le plus communément, rend le fait vraisemblable ; or, l'enregistrement, avec la réunion des conditions voulues par l'article précité, rend assurément plus *vraisemblable le fait allégué*, qu'une simple copie tirée par tout autre que l'officier compétent, et cette

copie peut cependant, lorsqu'elle est ancienne, valoir comme commencement de preuve par écrit, d'après le nº 3 de l'art. 1335. Et si les copies de copies elles-mêmes, tirées par d'autres que des officiers publics qui avaient qualité pour les tirer, peuvent être considérées, suivant les circonstances, comme simples renseignemens, comment pourrait-on décider que l'enregistrement, avec les conditions ci-dessus exprimées, ne doit être d'aucune considération quelconque? Il y aurait évidemment désaccord dans la loi.

Cependant M. Toullier n'y attache aucun effet. M. Delvincourt, au contraire, le regarde comme un commencement de preuve écrite; et pour nous, nous croyons que les tribunaux peuvent l'admettre comme tel, ou le rejeter, suivant les circonstances de la cause; que s'ils le rejettent, bien certainement leur décision ne serait pas susceptible d'être réformée en cassation, puisqu'aucune loi n'aurait été violée; mais que s'ils l'admettent, le jugement pourra bien être réformé en appel, si, à raison des circonstances, la Cour royale y voit un *mal jugé*, mais que la Cour de cassation ne réformerait pas, vu que, d'après sa jurisprudence, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les élémens qui constituent un commencement de preuve par écrit, ainsi qu'elle l'a jugé par son arrêt, déja cité, du 30 avril 1817.

§ V.

Des actes récognitifs et confirmatifs.

SOMMAIRE.

256. *Ce qu'on entend par actes* récognitifs.
257. *Ce qu'on entend par actes* confirmatifs.
258. *Texte de l'art.* 1337, *touchant l'effet des actes récognitifs.*
259. *Il y en a de deux sortes, quant à la forme en laquelle ils sont conçus, et les effets sont différens.*
260. *Lorsque la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans l'acte récognitif, le créancier est dispensé de représenter le titre primordial.*
261. *Mais s'il existe encore, le débiteur peut le représenter, et il faut s'y attacher, quelle que soit l'ancienneté du titre récognitif.*
262. *Cependant le débiteur, si le titre récognitif lui était plus avantageux, et qu'il eût plus de trente ans de date, pourrait opposer la prescription pour ce qui se trouverait de plus dans le titre primordial.*
263. *Cas où la teneur du titre primordial n'est pas spécialement relatée dans le titre récognitif; discussion sur le mérite de la disposition de la loi à ce sujet.*
264. *Sens du mot générique* ratification, *et du mot* confirmation.
265. *Les conditions requises par l'art.* 1338 *ne le sont pas pour les actes par lesquels nous ratifions ce qu'a fait un tiers pour nous.*
266. *Mais si l'acte fait par le tiers était sujet à annulation, il ne pourrait être valablement confirmé que conformément à cet article.*
267. *Condition qu'il exige pour la validité de l'acte confirmatif, et motifs qui les ont fait exiger.*
268. *Cas où une peine serait ajoutée à un acte confirmatif qui ne réunirait pas toutes ces conditions.*

269. *Cas où les parties ont fait une novation de l'obligation vicieuse.*

270. *Rapprochement et conciliation des articles* 1338, 2052 *et* 2054, *sur les transactions faites sur titre nul.*

271. *On ne peut confirmer les obligations contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, ou qui n'ont aucune cause.*

272. *Obligations susceptibles d'être confirmées.*

273. *Quand il y a plusieurs vices, il faut les mentionner tous dans l'acte confirmatif, sinon le vice non mentionné n'est pas purgé.*

274. *Il en devrait être autrement, du moins en général, si ce vice était simplement de forme.*

275. *L'acte confirmatif sous seing-privé qui emporte simplement renonciation au moyen de nullité, n'a pas besoin d'être fait double;* secùs *quand il est conçu dans l'esprit d'une transaction.*

276. *Si l'acte confirmatif est nul faute de réunir les conditions de l'art.* 1338, *la question de savoir si la confirmation aura effet, dans le cas où elle serait avoué, se décide par une distinction.*

277. *L'exécution volontaire de l'acte annulable ou rescindable, en temps de capacité et en connaissance de cause, purge également le vice.*

278. *Un vendeur et un acheteur exécutent l'un et l'autre le contrat lorsque l'un d'eux paie ou livre et que l'autre reçoit, quoique celui-ci ne livre ni ne paie.*

279. *Dans le cas de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de vente d'un immeuble, la délivrance de l'immeuble ou le paiement du prix ne suffit cependant pas pour purger le vice.*

280. *L'exécution, quoique partielle, purge aussi les vices du contrat.*

281. *Toutefois, si l'obligation était sans cause, ce qui aurait été payé volontairement ne serait pas, il est vrai, sujet à répétition, mais le surplus ne serait pas pour cela exigible.*

282. *Lorsque l'exécution était une suite nécessaire de l'acte, elle*

n'en purge pas le vice : exemples.

283. *Autre exemple.*

284. *Autre exemple, donné par Perez, dont le sentiment ne devrait pas être suivi.*

285. *La confirmation ou exécution volontaire ne préjudicie point aux droits alors acquis à des tiers : développemens en ce qui concerne des hypothèques consenties par un mineur.*

286. *A plus forte raison si c'est une simple ratification de ce qui a été fait par une autre personne.*

287. *Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour principe que les actes nuls de droit, et ensuite confirmés, n'avaient effet que du jour de la confirmation :* ut ex nunc, *et non pas* ut ex tunc.

288. *On décidait le contraire quant aux actes simplement rescindables.*

289. *Le Code ne fait point cette distinction; seulement il veut, dans tous les cas, que la ratification ne nuise pas aux droits alors acquis à des tiers.*

290. *Le donateur ne peut, par aucun acte confirmatif, confirmer une donation nulle en la forme.*

291. Secùs *de ses héritiers, pourvu que ce soit après sa mort.*

292. *Mais quant au donateur d'immeubles, il ne peut confirmer la donation nulle en la forme, même par l'exécution volontaire.*

293. *Si c'est une donation de somme ou autre chose mobilière, ce que le donateur a payé volontairement ne peut être répété, mais on ne peut exiger de lui le restant.*

294. *Le donateur lui-même pourrait confirmer une donation nulle pour un autre vice qu'un vice de forme.*

256. On entend par acte *récognitif*, celui que le débiteur d'une rente ou autre redevance annuelle donne au créancier en reconnaissance du droit, afin d'empêcher la prescription.

L'article 2263 statue sur des actes de cette espèce, en disant « qu'après vingt-huit ans de la date « du dernier titre, le débiteur d'une rente peut être « contraint à fournir à ses frais un titre nouvel à « son créancier. » Car, comme les quittances des arrérages sont ordinairement données par acte sous signature privée, et que le créancier n'est pas dans l'usage de retirer des contre-quittances, le débiteur pourrait, après trente ans depuis le titre primordial ou depuis le dernier titre, prétendre qu'il est libéré par la prescription, puisque rien ne constaterait qu'il a reconnu la dette par le paiement successif des arrérages, les quittances étant entre ses mains.

Le titre constitutif des servitudes non susceptibles de s'acquérir aujourd'hui par prescription, c'est-à-dire des servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, et des servitudes non apparentes, ne peut être remplacé que par un titre *récognitif* émané du propriétaire du fonds assujéti (art. 690, 691 et 695 combinés).

257. Les actes *confirmatifs* sont ceux par lesquels on donne de la force à un acte précédent qui en était dépourvu, ou qui n'en avait pas une pleine et entière : *qui firmum actum reddunt.*

Et ces actes sont eux-mêmes de deux sortes : ceux qu'on nomme actes de *confirmation*, et ceux qu'on appelle actes de *ratification*. Nous allons parler des uns et des autres.

ART. Ier.

Des actes récognitifs.

258. Les actes *récognitifs*, comme nous l'avons dit, sont ceux par lesquels le débiteur d'une rente ou autre redevance annuelle *reconnaît* le droit du créancier. On les oppose au titre *primordial*, qui, comme le nom le fait entendre, est le premier acte passé entre les parties. Ainsi, le titre primordial d'une rente, est l'acte même de la constitution de la rente.

L'article 1337, qui règle l'effet de ces actes, porte :

« Les actes récognitifs ne dispensent point de la « représentation du titre primordial, à moins que « sa teneur n'y soit spécialement relatée.

« Ce qu'ils contiennent de plus que le titre pri-« mordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a « aucun effet.

« Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnais-« sances conformes, soutenues de la possession, et « dont l'une eût trente ans de date, le créancier « pourrait être dispensé de représenter le titre « primordial. »

259. Ainsi, il y a deux sortes d'actes récognitifs : ceux dans lesquels la teneur du titre primordial est spécialement relatée, et ceux où la substance seule de ce titre est mentionnée et reconnue.

Les actes récognitifs qui relatent spécialement

la teneur du titre primordial sont ceux que Dumoulin, et, d'après lui, Pothier, appellent actes récognitifs *ex formâ speciali;* ils nomment les autres actes récognitifs *ex formâ communi*, et leurs effets, comme on le voit, ne sont pas les mêmes que ceux des premiers.

260. Quand la teneur du titre primordial est spécialement relatée dans l'acte récognitif, il n'est pas nécessaire, pour que le créancier soit dispensé de représenter ce titre primordial, que l'acte récognitif soit plus ou moins ancien, qu'il y en ait plusieurs ou un seul, et qu'il soit ou non soutenu de la longue possession : tellement que, fût-il seul et n'eût-il qu'un an de date, et moins encore, le créancier serait dispensé de représenter le titre primordial.

261. Mais rien n'empêcherait le débiteur de le représenter, s'il existait encore, et de s'y référer, si les clauses de ce titre contenaient quelque chose de différent de celles de l'acte récognitif, et qui lui serait plus avantageux ; car il faut toujours en revenir au titre primordial, lorsqu'il existe, ou lorsque le débiteur est en droit d'en exiger la représentation ; et ce que l'acte récognitif contient de différent *n'a aucun effet*, encore que la teneur du titre primordial y fût spécialement relatée, ce que suppose même l'article 1337, et que cet acte eût plus de trente ans de date.

La raison en est simple : une *reconnaissance*, et e acte récognitif, comme le nom l'indique, n'est pas

autre chose, n'emporte point novation, puisque la novation détruit l'obligation, en lui en substituant une nouvelle (art. 1271), tandis que la reconnaissance a pour objet, au contraire, de la perpétuer. La novation, d'ailleurs, ne se présume pas; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (art. 1273). Cela est surtout particulièrement vrai lorsqu'elle aurait pour effet d'augmenter les obligations du débiteur.

Aussi, « les reconnaissances de l'une et l'autre « espèce (*ex formâ speciali* et *ex formâ communi*), « dit Pothier, d'après Dumoulin (1), ont cela de « commun, qu'elles sont relatives au titre primor- « dial; que le reconnaissant n'est pas censé vouloir « contracter *aucune nouvelle obligation*, mais seu- « lement *reconnaître* l'ancienne qui a été contractée « par le titre primordial. C'est pourquoi, si par la « reconnaissance, il s'est obligé à quelque chose de « plus ou de différent de ce qui est porté au titre « primordial, en rapportant le titre primordial, et « faisant connaître l'erreur qui s'est glissée dans la « reconnaissance, il sera déchargé.

« Cette décision a lieu quand même l'erreur se « trouverait dans une longue suite de reconnais- « sances : il faudra toujours en revenir au titre « primordial. »

---

(1) *Nam recognitiones non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed solùm animo recognoscendi : undè simplex titulus novus non est dispositorius. In Consuet. paris.* § 8, gl. 1, n°s 19 et 88.

262. Cependant Pothier décide ensuite que si l'acte récognitif était plus favorable au débiteur que le titre primordial, et *s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes*, dont l'une eût plus de trente ans de date, le créancier ne pourrait, en représentant le titre primordial, prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, attendu que la prescription serait acquise pour le surplus, si toutefois elle avait pu courir contre lui à raison de sa qualité.

Cela est si vrai, que nous ne voyons pas pourquoi Pothier exige qu'il y ait plusieurs reconnaissances conformes; car la règle que les actes récognitifs se réfèrent au titre primordial, ne fait point préjudice à la prescription telle que de droit, si le cours n'en a été suspendu ou interrompu suivant les causes exprimées par la loi. Ainsi le titre primordial était une constitution de rente de cent francs sans aucune retenue pour impôts ou autre cause; pendant plus de trente ans la rente n'a été payée qu'avec une certaine retenue, comme les quittances en font foi, et il y a un acte récognitif de plus de trente ans de date, qui porte que la rente est avec retenue; il nous paraît certain que la prescription du droit de ne servir désormais la rente qu'avec la retenue, est acquise au débiteur, si elle a pu courir contre le créancier, car, à cause des quittances, portant que la rente n'a été servie qu'avec une retenue, elle aurait eu lieu lors même qu'il n'y aurait pas eu d'acte récognitif : à plus forte

raison doit-elle avoir lieu dans l'espèce, où il y en a un, et conformément auquel le service de la rente a été fait. Cet acte eût-il moins de trente ans de date, la prescription, dans le cas dont il s'agit, n'en aurait pas moins pu s'accomplir.

S'il en est autrement lorsque l'acte récognitif est plus onéreux pour le débiteur que ne l'est le titre primordial, c'est parce que ce serait le créancier qui invoquerait la prescription, par conséquent celle à l'effet d'acquérir ; or, l'on ne peut prescrire contre son titre à l'effet d'acquérir (art. 2240). Au lieu que dans la dernière hypothèse, c'est au contraire le débiteur qui invoque la prescription, et l'on prescrit fort bien contre le titre que l'on a donné contre soi, parce que l'on prescrit à l'effet de se libérer ; c'est même toujours ainsi que s'opère cette sorte de prescription. (Art. 2241.)

263. Mais pourquoi, dans le cas où la teneur du titre primordial n'est pas spécialement relatée dans l'acte récognitif, exige-t-on qu'il y ait *plusieurs reconnaissances conformes*, et dont l'une ait au moins trente ans de date, pour que le créancier soit dispensé de représenter le titre primordial ?

C'est un des principes posés par Dumoulin, et suivi par Pothier. Ces auteurs se fondaient sur ce que le débiteur n'est pas censé vouloir contracter aucune nouvelle obligation par le nouvel acte, ce qui est vrai ; et ils disaient que si le créancier est dispensé de représenter le titre primordial, lors-

qu'il y a plusieurs reconnaissances conformes, dont l'une, soutenue de la possession, a plus de trente ans de date, c'est parce que cette conformité de reconnaissances fait présumer qu'elles rappellent fidèlement le contenu du titre primordial; mais que cette raison n'existe pas lorsqu'il n'y a qu'une seule reconnaissance, encore qu'elle eût plus de trente ans.

Le véritable motif, c'est que Dumoulin avait voulu, dans les matières féodales, prémunir les vassaux contre les usurpations des seigneurs; mais ce motif n'existe point dans les matières ordinaires.

En effet, pourquoi une reconnaissance qui, sans relater spécialement la teneur du titre primordial, en contient néanmoins clairement et positivement la substance, une reconnaissance *ex formâ communi*, comme disent ces auteurs, ne ferait-elle pas foi, quoiqu'elle fût seule, et même quoiqu'elle n'eût pas trente ans de date, sauf au débiteur à rapporter le titre primordial, s'il croit qu'il est moins onéreux pour lui? Est-ce que ce n'est pas là un aveu par écrit? incontestablement. Or, puisque, suivant l'art. 1335-1°, les copies tirées du consentement des parties sur la minute de l'acte, depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, font foi en cas de perte de l'original, on ne voit pas pourquoi une reconnaissance du débiteur ne ferait pas foi comme le titre primordial, dans le même cas. Et si, d'après le n° 2 du même

article, une copie seule ayant plus de trente ans de date, et tirée par le dépositaire de la minute, fait également foi, en cas de perte de l'original, quoiqu'elle ait été tirée depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, sans le consentement de toutes les parties intéressées et sans l'autorité du juge, comment une reconnaissance signée du débiteur, et qui, pour cette raison, offre assurément bien plus de garantie, pourrait-elle être rejetée, parce qu'elle serait seule, encore qu'elle eût plus de trente ans de date, et qu'elle fût soutenue de la possession? Que cette reconnaissance n'ajoute rien à l'obligation du débiteur, rien de mieux, parce que celui-ci n'est pas présumé avoir voulu faire novation à son préjudice, mais du moins elle devrait dispenser le créancier de représenter le titre primordial, sauf au débiteur à le représenter lui-même, s'il prétend qu'il est moins onéreux pour lui, et elle devrait l'en dispenser, encore qu'elle eût moins de trente ans de date.

C'est aussi l'avis de M. Delvincourt, qui pense qu'il n'est d'autre moyen de concilier l'art. 1337 avec l'art. 1355 et les véritables principes sur l'aveu par écrit, qu'en distinguant les personnes auxquelles l'acte récognitif est opposé. Selon lui, la reconnaissance, de quelque manière qu'elle soit rédigée, quelle que soit sa date, et encore qu'elle soit seule, fait foi contre celui de qui elle émane et ses héritiers, parce que c'est réellement un aveu par écrit, sauf à eux à produire le titre primor-

dial ; mais elle ne fait foi contre les tiers que lorsqu'elle réunit les conditions exigées par l'art. 1337.

Toutefois, en adoptant la première partie de cette décision, nous modifions la seconde, en ce que les cohéritiers du reconnaisant, ses codébiteurs solidaires et ses cofidéjusseurs ne sauraient être liés par l'acte récognitif, qu'autant qu'ils y seraient intervenus, lors même que la teneur du titre primordial y serait spécialement relatée ; car cette condition n'est point prouvée à l'égard de ceux qui n'ont point consenti à cet acte : il est pour eux *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest ;* en sorte qu'ils peuvent toujours, si on les poursuit, exiger la représentation du titre primordial, par lequel seul ils sont ou se sont obligés. Ce que nous avons dit à leur égard dans le cas d'une seconde grosse délivrée sans leur consentement, et sans qu'ils aient été sommés en vertu d'ordonnance du juge de se trouver présens à la délivrance, est applicable aussi aux actes récognitifs, parce que la raison est absolument la même. Du reste, la reconnaissance prouverait la convention ou l'obligation, *rem ipsam*, à l'égard des autres créanciers du débiteur, encore qu'elle eût moins de trente ans, et que la teneur du titre primordial n'y fût pas spécialement relatée ; et en conséquence le créancier pourrait prendre inscription, si elle l'y autorisait, renouveler celle qu'il avait déja prise, et se présenter dans toutes distributions de deniers.

Art. II.

Des actes confirmatifs.

264. Généralement, le mot *ratification* signifie la même chose que le mot *approbation :* l'un et l'autre terme s'appliquent parfaitement à l'acte par lequel nous nous rendons propre ce qui a été fait par un tiers pour nous, en notre nom, sans un ordre ou mandat de notre part; et cet acte est lui-même assimilé au mandat : *rati enim habitio mandato comparatur :* LL. 12, § 4, *de solut.*, et 1, § 14, ff. *de vi et vi armatâ.*

Mais quand nous approuvons un acte fait par notre auteur, ou auquel nous avons nous-mêmes concouru, et qui peut être attaqué à cause de quelque vice, alors le nouvel acte s'appelle plus spécialement *acte confirmatif*, quoique le Code, notamment dans l'art. 1338, lui donne indifféremment la dénomination d'acte de confirmation ou de ratification.

265. Cela est indifférent quand il s'agit de l'approbation des actes auxquels nous avons concouru par nous-mêmes ou par nos auteurs; mais lorsqu'il s'agit d'actes faits par des tiers, en notre nom ou pour nous, et que nous approuvons ensuite, alors cette espèce de ratification n'est point régie par l'article 1338, dans sa première partie; elle a ses principes au titre *du mandat*. C'est ce qu'a jugé, avec beaucoup de raison, la Cour suprême, par

arrêt de cassation, du 26 décembre 1815 (1), dans l'espèce suivante :

Le 23 juin 1811, le sieur Lapierre-Beaupré, stipulant au nom de son père, en vertu d'une procuration générale, fit avec son frère, Lapierre-Dulard, un acte en forme de transaction, renfermant quelques aliénations des droits et des biens du père commun, et quelques renonciations.

Le 24 juillet suivant, le père approuva et ratifia formellement, par un acte sous seing-privé, la transaction faite entre ses fils, en tout son contenu. Il reconnut, en outre, par cet acte, avoir reçu présentement la somme de 350 francs pour le premier terme d'une pension viagère de 700 francs, stipulée à son profit dans la transaction.

Mais ensuite il prétendit que la procuration générale qu'il avait donnée à son fils Lapierre-Beaupré ne contenant point le pouvoir d'aliéner, comme le veut l'article 1998 du Code civil pour que le màndataire puisse aliéner avec effet, la transaction était nulle, et que la ratification l'était également pour ne renfermer pas la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice de la transaction, ainsi que le voulait, suivant lui, l'article 1338.

Cette prétention fut accueillie par la Cour de Nîmes; mais l'arrêt de cette Cour a été cassé pour fausse application de l'art. 1338, et contravention à la deuxième partie de l'article 1998.

(1) Sirey, 1816-1-243.

« Considérant que l'art. 1338 ne parle que des « obligations ; qu'il est facile de concevoir que la « ratification d'une obligation dépourvue des men- « tions qu'exige ledit article, n'ajoute rien à l'obli- « gation même, qu'elle laisse subsister les vices, les « nullités dont cette obligation peut être infectée, « vices et nullités auxquels rien n'annonce que l'on « ait songé, et que l'on ait voulu réparer.

« Mais qu'il en est autrement de la ratification « donnée par un commettant à l'acte fait par son « mandataire : en ratifiant, le commettant s'appro- « prie l'acte, il l'adopte, et il se met au même état « que s'il l'avait consenti et souscrit lui-même ; la « ratification tient lieu de tous les pouvoirs ; et tant « que la ratification subsiste, on ne peut être écouté « à attaquer l'acte, en alléguant que le mandataire « n'avait pas des pouvoirs suffisans.

« L'article 1998 du Code a statué sur l'effet de « la ratification par les mandans ; il déclare les « mandans tenus de tout ce qu'ont fait les manda- « taires au delà de leur mandat, s'ils l'ont ratifié, « expressément ou tacitement ; il ne soumet point, « dans l'espèce, les ratifications aux formes et aux « énonciations exigées par l'article 1338 pour la « ratification des obligations : d'où il résulte que « l'arrêt attaqué a fait une fausse application de « l'article 1338, et a contrevenu à la seconde partie « de l'article 1998 ; casse, etc. »

Comme il y avait eu exécution volontaire de la transaction de la part du sieur Lapierre père, qui

avait reçu le paiement d'un terme de la pension qui y avait été stipulée à son profit, ont eût pu, en vertu même de l'article 1338, qu'il invoquait cependant en sa faveur, décider qu'il était non recevable à l'attaquer; car la seconde disposition de cet article attache à l'exécution volontaire, faite en temps où l'acte a pu être valablement ratifié, le même effet que celui d'une ratification expresse. Mais la Cour suprême a cru devoir décider la question sous un point de vue plus général, et en droit.

266. Du reste, comme la ratification fait seulement supposer que le mandant a fait lui-même ce que le mandataire a fait au delà de ses pouvoirs, il s'ensuit que si l'acte passé par celui-ci était infecté d'un autre vice que celui de défaut de pouvoir, par exemple d'un vice de forme, ou de dol, la ratification du mandant changeant alors de caractère, elle devrait, pour être valable, réunir toutes les conditions voulues par l'article 1338, puisque ces conditions seraient exigées si c'était lui qui eût souscrit l'acte ratifié.

267. La première partie de cet article est ainsi conçue. « L'acte de confirmation ou de ratification « d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que « lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel « cette action est fondée. »

On a craint et voulu prévenir les surprises; pour cela, on a exigé que celui qui confirmerait un acte sujet à annulation ou à rescision le fît en connaissance de cause; qu'il sût bien de quel vice il était infecté, et qu'il manifestât clairement son intention de le purger.

En sorte que l'approbation expresse dont parle l'article 1115, à l'égard d'un acte infecté du vice de violence, doit avoir lieu conformément à cette disposition; car cet article pose seulement le principe que le vice de violence se purge par une approbation soit *expresse*, soit tacite, soit en laissant passer le temps fixé par la loi pour pouvoir exercer l'action en nullité; il ne détermine point les conditions et formalités que doit contenir l'acte même d'approbation : c'est l'article 1338 qui est la règle à observer à cet égard. Ainsi, l'acte qui porterait simplement : *Je déclare confirmer et ratifier la convention en date de* tel jour *que j'ai faite avec M.* un tel, ne serait pas valable, parce qu'il ne contiendrait par la substance de cette convention ou obligation, ni la mention du vice de nullité dont elle se trouverait infectée.

268. Cependant, si une peine y était ajoutée pour le cas où la partie reviendrait contre l'acte irrégulièrement confirmé, par exemple s'il y était dit : *A peine de mille francs de dommages-intérêts*, la clause pénale aurait effet, si la partie n'exécutait pas l'acte confirmatif. Il n'y aurait pas lieu d'ap-

pliquer à ce cas la règle que lorsque l'obligation principale est nulle, elle entraîne la nullité de la clause pénale (art. 1227); ce serait, au contraire, la clause pénale qui devrait être considérée comme l'obligation principale, tout comme s'il avait été dit: *Promettez-vous de me payer mille francs au cas où vous reviendriez contre l'acte que j'ai fait avec vous en date de tel jour?* Dans le droit romain aussi, la nullité de l'obligation principale entraînait la nullité de la cause pénale (1), et, en principe, l'on ne pouvait pas plus que chez nous (art. 1119), promettre ou stipuler pour autrui (2); et néanmoins si l'on avait joint une peine à une promesse ou à une stipulation de cette nature, la peine était valablement stipulée, parce qu'on la considérait comme stipulation principale faite sous une condition, c'est-à-dire pour le cas où la promesse du fait du tiers, ou la stipulation faite pour lui, ne serait pas remplie ou exécutée (3). La même chose aurait lieu dans notre droit, ainsi que nous l'avons démontré précédemment (4); et il en doit être ainsi, par les mêmes motifs, de la clause pénale jointe à un acte confirmatif.

Il y aurait toutefois cette différence d'avec le cas où cet acte réunirait toutes les conditions requises par la première partie de l'article 1338, que, dans

(1) L. 129, § 1, ff. *de regul. juris.*, et L. 69, ff. *de verb. oblig.*

(2) §§ 3 et 4, Instit. *de inutil. stipul.*

(3) *Ibid.*, §§ 19 et 20.

(4) Tome X, nos 216 et 227.

ce même cas, le créancier aurait le droit, en répudiant la peine, de demander l'exécution pleine et entière de l'acte confirmatif, et par conséquent de l'acte confirmé (art. 1228); au lieu que si l'acte de confirmation ne contient pas toutes ces conditions, le créancier ne peut demander que la peine, s'il en a été stipulé une, et si d'ailleurs l'acte est valable à cet effet sous tout autre rapport.

269. On peut aussi, par la voie de la novation, convertir une obligation susceptible d'être annulée ou rescindée, mais aussi d'être confirmée, en une nouvelle obligation, sans remplir les conditions prescrites par l'article 1338; mais il faut pour cela que l'intention de faire novation ne soit pas douteuse. Voyez, à cet égard, ce qui a été dit au tome X, n° 345, sur *la cause* des obligations, et au tome XII, n° 294, sur *la novation*.

270. Il ne faut pas non plus confondre les transactions avec les actes confirmatifs, quoique l'on confirme souvent par une transaction un acte sujet à rescision ou à nullité, et quoique souvent aussi une confirmation d'acte soit faite en vue de prévenir une contestation. Mais la transaction emporte de part et d'autre abandon de quelque prétention, elle emporte des sacrifices réciproques (1); au lieu que l'acte de confirmation, s'il n'est pas toujours fait

---

(1) *Voët ad Pandectas, tit. de transac. : transactio*, dit cet auteur, *est super re dubiâ aut lite incertâ conventio non gratuita, sed aliquo dato, vel promisso, vel retento*; L. 38, Cod. *de transact.*, et L. 1, ff. *eod. tit.*

sans aucun prix, ce prix du moins est ordinairement en dehors de l'acte, et de quelque chose qui ne fait généralement point partie de celle qui était la matière de l'acte ratifié. Le but direct et avoué d'une transaction, est de terminer un procès ou d'en prévenir un (art. 2044); celui d'un acte confirmatif est de donner de la force à une convention qui en manquait, ou qui n'en avait pas une pleine et entière. Or, suivant l'art. 2054, il y a bien lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité, et, sous ce rapport, il en serait des transactions comme, d'après l'art. 1338, des actes confirmatifs, qui sont nuls aussi si l'on n'a pas parlé, dans l'acte, du vice dont l'obligation était infectée ; mais comme d'après l'art. 2052, les transactions ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, on a tiré delà la conséquence que celle qui a été faite en exécution d'un titre nul n'est pas sujette à rescision, quoique les parties n'eussent pas transigé expressément sur la nullité, si elles n'ont pu l'ignorer que par erreur de droit; en sorte que la mention du vice de nullité dans l'acte n'a pas été regardée comme indispensable à la validité de la transaction. C'est ainsi que l'on a concilié les art. 2054 et 2052 entre eux, en distinguant les causes de nullité qui n'ont pu être ignorées de la partie que par suite d'une erreur de droit, d'avec celles qui ont pu être ignorées par suite d'une erreur de fait : c'est dans

ce dernier cas seulement que l'art. 2054 est applicable (1).

Au lieu que pour les actes confirmatifs, cette distinction n'a point été admise par le Code, qui veut, dans tous les cas, pour que ces actes soient valables, qu'ils renferment ces trois conditions : 1° la substance de l'acte confirmé ou ratifié ; 2° la mention du vice de nullité ou de rescision ; 3° l'intention claire et positive de la partie de réparer le vice sur lequel l'action en nullité ou en rescision était fondée : en sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner si la partie qui a fait l'acte de confirmation qui ne réunit pas ces conditions, l'a souscrit par suite d'erreur de droit, c'est-à-dire par ignorance de la loi qui lui donnait le droit de l'attaquer, ou si elle l'a consenti par erreur de fait, par exemple dans l'ignorance du dol pratiqué envers son auteur : dans tous les cas, l'acte de confirmation est nul.

271. On ne peut, au surplus, confirmer les engagemens ou promesses qui n'ont aucune existence aux yeux de la loi, qui ne produisent aucune obligation, qui ne lient personne, qui sont nuls de plein droit, et à l'égard desquels le Code n'a pas même cru qu'il fût nécessaire d'établir une *action* en nullité qui dût s'exercer dans un certain délai, ainsi qu'il l'a fait, par l'art. 1304, pour les obligations dont parle cet article.

---

(1) *Voyez* à cet égard l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1807 ; Denevers, tome V, pag. 199 ; et ce que nous avons dit nous-même au tome X, n° 347.

« Telles sont, disait l'orateur du gouvernement, « dans le développement des motifs du projet de loi, « telles sont les conventions qui ont pour objet une « chose hors du commerce, celles qui n'ont point « de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui « n'en ont qu'une illicite. »

Ces conventions, ainsi que nous l'avons dit en traitant *de l'action en nullité ou en rescision*, au tome précédent, n° 523, ne se confirmant point par le silence de la partie pendant les dix ans donnés pour attaquer les engagemens annulables ou rescindables, ne sauraient, par la même raison, être ratifiées par des déclarations expresses : les actes confirmatifs seraient nuls comme elles. Voyez en ce sens l'arrêt de la Cour de Paris du 3 aout 1811, confirmé par la Cour de cassation, par arrêt du 9 juin 1812 (1).

272. Au lieu qu'on peut confirmer les obligations annulables ou rescindables pour vice de violence ou de dol, d'erreur ou de lésion, ou qui ont été consenties par des personnes incapables, parce que ces différens vices tombant sur le consentement, qui était imparfait, un nouveau consentement exempt de ces vices purge ceux qui infestaient le premier.

On peut aussi confirmer les engagemens qui sont

---

(1) L'un et l'autre arrêt, avec tous les faits de la cause, sont rapportés dans Sirey, 1812-1-233.

constatés par des actes nuls pour vices de forme, sauf ce qui est établi par l'art. 1339, et dont nous parlerons plus bas.

273. Si la convention renferme plusieurs vices, il ne suffit pas, suivant les docteurs, de la ratifier expressément à l'égard d'un seul, il faut la ratifier à l'égard de tous, pour que le débiteur ne puisse plus revenir contre l'acte confirmé. D'après cela, il serait nécessaire de mentionner tous les vices dans l'acte confirmatif, et tel paraît être l'esprit de l'article 1338; car la partie ne doit pas être censée avoir voulu renoncer à un moyen de nullité dont elle pouvait ignorer l'existence, ce qui est surtout facile à supposer quand c'est une obligation de son auteur qu'elle confirme : peut-être n'eût-elle point consenti l'acte de confirmation, si elle eût connu ce vice. Elle a pu, en effet, renoncer à un moyen qui lui paraissait douteux, tandis qu'elle n'eût peut-être point renoncé à un moyen qui lui aurait paru susceptible d'un succès plus certain.

Telle est la décision de Brunneman, décision qu'il déduit de la loi 1re au Code, *si major factus alienat. Sine decreto ratam habuerit*, suivant laquelle, lorsqu'un acte est infecté tout à la fois d'un vice de nullité et d'un vice de lésion, on ne doit pas conclure de ce que le premier de ces vices se trouve purgé par un certain laps de temps ou par une ratification expresse, que le second l'est également.

Collige ex hac lege, dit cet auteur sur cette loi, *quandò duo sunt vitia contractus, scilicet nullitatis et læsionis, licet sublata causa nullitatis ex cursu temporis, vel expressâ ratificatione, non tamen esset sublata causa læsionis.* C'est aussi la décision de Menochius et de Montanus, cités par lui.

Dans l'espèce de la loi, le curateur de mon père, dont je suis devenu l'héritier, avait cédé à un des créanciers de mon père un immeuble en paiement, sans un décret du Préteur, décret qui était nécessaire, à peine de nullité, pour l'aliénation des immeubles d'un mineur ; et la cession avait eu lieu aussi à vil prix. Mon père, devenu majeur, avait ratifié l'aliénation, mais dans l'ignorance qu'elle était infectée du vice de lésion. L'empereur Gordien décide que le vice de nullité est bien couvert par la ratification, mais que celui de lésion ne l'est pas, et en conséquence que je puis encore en ma qualité d'héritier de mon père, demander la rescision de l'acte d'aliénation pour cette cause : sauf à l'autre partie à arrêter le cours de mon action, en me payant le supplément du juste prix de l'immeuble.

274. Néanmoins si le vice qui n'a pas été mentionné dans l'acte, lorsqu'un autre vice l'a été, était un vice de forme, il est à croire que la partie ne pourrait pas revenir contre l'acte confirmé, attendu qu'elle serait facilement présumée avoir connu ce vice, et avoir renoncé au droit de l'opposer. Cela serait du moins vrai en général, parce que géné-

ralement les vices de forme sont patens (1), et ne peuvent guère être ignorés que par erreur de droit : or, chacun est censé connaître le droit.

A l'appui de cette décision exceptionnelle, on peut citer l'art. 1340, suivant lequel la confirmation ou ratification ou exécution volontaire d'une donation, par les héritiers ou ayant-cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer, soit les *vices de forme*, soit tout autre exception ; et cependant cet article ne suppose pas nécessairement pour cela que la mention du vice de forme a été faite, ainsi que celle des autres moyens, dans l'acte confirmatif ; car alors il eût été bien clair que les héritiers ne pouvaient revenir contre la donation à raison de ce vice : d'où il eût été inutile de le dire.

L'art 1311 fournit aussi un argument de même nature, en décidant que le mineur n'est plus recevable à revenir contre l'engagement *qu'il avait souscrit en minorité* (2), lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement *fût nul en sa forme*, soit qu'il fût seulement sujet à restitution. Il semble donc que la mention du vice qui donnait lieu à la restitution est suffisante, et que le mineur ne pourrait ensuite venir dire qu'il n'a pas ratifié

---

(1) Nous disons *généralement*, car il peut y avoir des exceptions : par exemple, un des témoins de l'acte pouvait n'avoir pas les qualités requises, et cela n'apparaissait pas à vue de l'acte.

(2) Lui, et non son tuteur, ainsi qu'on l'a dit mal à propos pour établir une théorie que nous avons réfutée précédemment.

l'acte sous le rapport du vice de forme dont il était aussi infecté.

275. Il n'est pas nécessaire, lorsque l'acte confirmatif sous signature privée emporte simplement renonciation au moyen de nullité ou de rescision, qu'il soit fait en double original ; mais s'il était conçu dans l'esprit d'une transaction, emportant quelque renonciation à une partie du droit résultant de l'acte ratifié, ou quelque obligation de la part du créancier, *aliquo dato, vel promisso, vel retento*, alors comme il aurait le caractère d'une convention synallagmatique, il devrait être fait en autant d'originaux qu'il y aurait de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original devrait contenir la mention du nombre d'originaux qui auraient été faits, conformément à l'art. 1325.

276. M. Toullier fait observer que, lorsque l'acte de confirmation n'est pas valable faute de réunir les conditions voulues par l'art. 1338, il ne suit pas de là que le consentement à cet égard est absolument sans force, si la partie, capable de le donner, a bien connu le vice de son obligation primitive, et si elle a bien, de son plein gré, promis d'exécuter son engagement ; car l'écriture, à l'exception de quelques contrats, comme les conventions d'hypothèque, les contrats de mariage, les donations, n'est point essentielle à la validité d'une promesse, d'un engagement : les seules conditions essentielles

sont le consentement des parties, la capacité de celle qui s'oblige, un objet certain ou déterminable, et une cause licite (art. 1108); l'écriture n'est que pour la preuve. D'après cela, si la partie avouait la ratification, elle produirait son effet; le serment décisoire pourrait aussi lui être déféré, tout comme s'il n'y avait point d'acte confirmatif.

Cependant nous ferons remarquer que si la partie n'avait entendu être liée à cet égard que par un acte, et suspendre son consentement jusqu'à la signature de cet acte, il faudrait décider comme nous l'avons fait précédemment pour le cas où les parties ont entendu traiter par écrit, *in scriptis* : en conséquence, l'aveu et le serment ne devant pas être divisés, devant au contraire être pris en leur entier, la ratification serait nulle par le vice de l'acte, qui devait non seulement la constater, mais encore la former; car, dans ce cas, l'écriture était essentielle; elle n'était pas seulement pour la preuve, elle était nécessaire à la perfection du consentement, qui lui était subordonné, et l'acte étant nul, il n'y a pas de ratification.

277. La seconde partie de l'art. 1338 porte que, « à défaut d'acte de confirmation ou ratification, il « suffit que l'obligation soit exécutée volontaire- « ment après l'époque à laquelle l'obligation pouvait « être valablement confirmée ou ratifiée. »

Par conséquent tout ce qui a été fait durant la violence, ou avant la découverte du dol ou de

l'erreur, ne purge point le vice dont l'acte était infecté. (Art. 892.)

Il en est de même de ce qui a été fait en temps d'incapacité.

278. Un vendeur, en recevant le prix de la chose vendue, exécute assurément le contrat de vente, tout aussi bien qu'en livrant la chose ; comme, *vice versâ*, l'acheteur exécute le contrat en recevant la chose, tout aussi bien que lorsqu'il paie le prix ; l'un et l'autre fait témoignent également de la volonté de ratifier le contrat.

279. Néanmoins quand il s'agit du vice de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix de la vente d'un immeuble, le vice n'est pas purgé, et l'action en rescision n'est pas rendue non recevable par le fait seul de la délivrance de la chose ou du paiement du prix. L'art. 1681 suppose bien que l'immeuble a été livré par le vendeur à l'acheteur, puisqu'il suppose que cet immeuble est dans la main *d'un tiers possesseur*, ou sous-acheteur, et l'action n'en a pas moins lieu contre ce dernier, sauf à lui à en arrêter le cours par l'offre d'un supplément de prix. S'il n'en eût été ainsi, le but de la loi, en donnant au vendeur l'action en rescision pour cette cause, aurait été manqué dans la plupart des cas, attendu que l'on ne vend ordinairement à très vil prix que lorsqu'on est pressé par des besoins, par conséquent pour toucher aussitôt le prix en livrant la chose. C'est ce que nous avons déja dit, au tom. VII, n° 589, où

nous décidons la même chose, en principe, au sujet des actes de partages entachés de lésion de plus du quart, et exécutés par l'aliénation que le copartageant lésé a faite d'objets échus à son lot.

280. L'exécution partielle démontre, comme l'exécution totale, la volonté de confirmer l'acte vicieux : c'est aussi une approbation tacite; or, d'après l'art. 1115, le vice de violence se purge par l'approbation tacite comme par une approbation expresse; et la raison est absolument la même pour le cas où il s'agirait d'un vice de dol ou d'erreur, ou d'incapacité.

281. Cependant s'il s'agissait d'une obligation sans cause, par exemple d'une promesse de donner 1,000 francs, à titre gratuit, non faite en la forme légale, et exécutée volontairement en partie, le débiteur ne pourrait, il est vrai, répéter ce qu'il aurait ainsi payé, *quia cujus per errorem est repetitio, ejusdem dati consultò, donatio est;* L. 53, ff. *de regul. juris;* mais le porteur de la promesse ne pourrait pas pour cela exiger le surplus, car ce surplus serait toujours promis sans cause.

282. Au surplus, lorsque le fait d'exécution, en temps de capacité et de liberté, ou après la découverte du dol ou de l'erreur, ne sera qu'une conséquence pour ainsi dire nécessaire de l'acte, il n'en résultera pas une approbation tacite. Par exemple, de ce que celui qui, par suite de manœuvres fraudu-

leuses de l'autre partie, a acheté un immeuble et a donné en paiement du prix des billets à ordre au vendeur, qui les a endossés au profit d'un tiers, a payé ces mêmes billets, quoique depuis la découverte de la fraude, il ne résulte pas de ce paiement une approbation tacite et volontaire de l'acte; car il était obligé de les payer au porteur à l'échéance, sauf son recours contre celui qui l'a trompé.

La récolte qu'il ferait sur l'immeuble depuis la découverte de la fraude, ne serait point non plus considérée comme un acte d'approbation, mais bien comme un acte de simple gestion, qu'on ne pouvait même se dispenser de faire.

Il en serait ainsi de tout acte de conservation qui était urgent, comme une maison qui avait besoin d'être étayée, etc.

283. Suivant la loi 3, § 2, ff. *de minoribus*, si un mineur a accepté imprudemment une hérédité, et que devenu majeur il ait payé quelques dettes échues et urgentes de cette même hérédité, cela ne suffit pas pour qu'on doive décider qu'il a entendu ratifier son acceptation, parce que le paiement de ces dettes en était une conséquence, la restitution en entier étant d'ailleurs incertaine (1).

284. Et Perez, *ad Codicem*, tit. *si major factus ratum habuerit*, décide, par voie d'analogie, que, si un mineur a vendu quelque chose, et que devenu

(1) *Voyez* ce que nous avons dit à ce sujet, au titre *des successions*, tome VI, n° 465, et les autorités qui y sont citées.

majeur il en fait la délivrance, cette délivrance seule ne suffit pas pour opérer ratification de la vente, attendu, dit cet auteur, qu'elle était une conséquence et une dépendance de l'acte fait en minorité.

Nous ne saurions nous ranger à cette décision. Un pareil système conduirait à dire que l'exécution volontaire n'est réellement point une manière de purger le vice des actes; car elle est bien toujours une suite et une dépendance de l'acte, autrement elle n'en serait point une exécution, ainsi qu'on le suppose. Comme ce mineur devenu majeur pouvait se refuser à livrer la chose, et opposer l'exception, si on la lui eût demandée, on doit conclure du fait de délivrance volontaire, qu'il a entendu ratifier.

En un mot, il faut considérer si ce qui a été fait dans le temps où l'acte pouvait être valablement ratifié était ou non une suite nécessaire de l'acte, une chose que l'on ne pouvait négliger de faire sans inconvéniens pour l'une ou l'autre partie : alors le fait n'emporte point ratification. C'est donc un point généralement subordonné aux circonstances; les juges auront à examiner si la partie a entendu faire la chose en vue de ratifier l'engagement, ou bien, au contraire, si elle a agi *ex necessitate, aut saltem utilitate*, dans l'incertitude surtout de l'admission du moyen de nullité ou de rescision.

285. Enfin, suivant la dernière disposition de

l'article 1338, la confirmation ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, *sans préjudice néanmoins du droit des tiers.*

Il résulte de cette restriction que si, dans le temps qui s'est écoulé entre l'acte ratifié et l'acte confirmatif, un tiers a acquis des droits d'hypothèque, d'usufruit, de servitude ou de propriété sur les biens qui étaient l'objet de l'acte primitif, la ratification n'aura aucun effet par rapport à lui : les choses resteront à son égard comme si l'acte confirmatif n'existait pas. Et cela est juste, parce que celui qui l'a consenti ne pouvait attribuer à l'autre partie plus de droits qu'il n'en avait lui-même sur les biens dont il s'agit au moment où cet acte confirmatif a eu lieu.

Ainsi, supposons qu'un mineur émancipé ait consenti une obligation au profit de Paul, pour un emprunt qui n'a point tourné à son profit, qu'il a au contraire dissipé ; que, pour sûreté de cette obligation, il a donné à Paul une hypothèque sur tel immeuble, qui a été inscrite de suite ; que devenu majeur il ait consenti aussi une hypothèque à Philippe sur le même immeuble, et que depuis il ait ratifié l'acte qu'il avait passé avec Paul, ainsi que l'hypothèque qu'il lui avait donnée : la ratification ne peut nuire à Philippe ; car, comme celui-ci aurait pu se prévaloir de la nullité de l'obligation consentie à Paul, et de la nullité de l'hypothèque qui

lui avait été donnée, puisque son débiteur l'aurait pu, et qu'il pouvait exercer ses droits (art. 1166), il résulte de là qu'il peut faire depuis la ratification ce qu'il pouvait faire auparavant, vu qu'en principe, les ratifications ne nuisent point aux droits acquis à des tiers au moment où elles ont eu lieu. Telle est la décision de Basnage, en son *Traité des hypothèques*, chap. III.

Seulement, comme le débiteur pouvait encore, depuis sa majorité, contracter de nouvelles obligations, nonobstant celles qu'il avait déja consenties, la ratification aura bien tout son effet quant à l'obligation personnelle au profit de Paul, même par rapport à Philippe, en ce que Paul pourra concourir avec lui dans les simples distributions de deniers faites sur le débiteur; mais elle n'en peut avoir par rapport à lui en ce qui concerne l'hypothèque, qui est un droit spécial, droit qui, quoiqu'en apparence antérieur au sien, est néanmoins postérieur en réalité.

Toutefois, ajoute Basnage, dont nous approuvons d'autant mieux la décision qu'elle s'accorde parfaitement avec les principes que nous avons professés sur les effets de l'incapacité des mineurs, qui, selon nous, sont généralement plutôt restitués comme lésés que comme mineurs (art. 1305); si celui dont il s'agit dans l'espèce avait profité du prêt qui lui a été fait, et que cela fût établi, comme son obligation était valable, l'hypothèque qu'il avait consentie à Paul pour ce prêt, l'était pareil-

lement, parce qu'elle n'était qu'un accessoire (1), et la ratification, qui a eu lieu seulement pour prévenir des difficultés, ne devrait point ravir à ce dernier la priorité d'hypothèque qu'il avait même sans elle sur Philippe. Si le mineur n'avait profité du prêt qu'en partie, l'obligation primitive n'ayant été valable que jusqu'à due concurrence, on appliquerait pour le surplus à Paul, à l'égard de Philippe, le principe que la ratification ne nuit pas aux droits acquis à des tiers.

On prétend toutefois que, dans aucune hypothèse, Paul ne devrait avoir la priorité sur Philippe, attendu que la loi ayant défendu l'hypothèque des biens des mineurs, si ce n'est dans les cas prévus par elle (art. 2115, 2124 et 2126), celle que le mineur avait consentie à Paul était nulle et de nul effet; mais nous ne saurions nous ranger à cette décision. Selon nous, l'hypothèque consentie par un mineur émancipé n'est nulle qu'autant que l'obligation principale l'est elle-même. Comme c'est un point que nous avons discuté avec étendue à l'endroit précité, nous n'entrerons pas ici dans une nouvelle discussion à ce sujet.

Si, dans l'espèce posée d'abord, le même débiteur, devenu majeur, avait consenti une hypothèque au profit d'un autre créancier depuis la ratification qu'il a donnée à Paul, celui-ci pourrait incontestablement opposer cette ratification à ce

---

(1) *Voyez* ce que nous avons dit à cet égard, au tome III, n° 673.

créancier, dans le cas où il voudrait lui contester son droit d'hypothèque; car, puisque la ratification serait antérieure au droit de ce nouveau créancier, elle produirait tout son effet à son égard, le vice de l'obligation de Paul, et de l'hypothèque qui lui avait été consentie, se trouvant déja purgé au moment de la constitution de cette dernière hypothèque.

286. Si la ratification d'une obligation que nous avons consentie nous-mêmes ne peut nuire aux droits acquis à des tiers, à plus forte raison celle que nous avons donnée à un engagement pris par un tiers en notre nom, sans mandat de notre part, ne peut-elle leur nuire; elle ne peut pas avoir d'effet rétroactif à leur égard, nonobstant la règle *ratihabitio mandato æquiparatur.*

Ainsi, dans le cas où Sempronius a consenti, sans mandat, une obligation au nom et à la charge de Titius, au profit de Séius, et qu'il a donné à celui-ci une hypothèque sur les biens de Titius; que ce dernier a lui-même donné une hypothèque sur les mêmes biens à Gaïus, et a ensuite ratifié l'engagement pris en son nom par Sempronius, il n'est pas douteux que Gaïus n'ait la priorité d'hypothèque sur Séius. Car, lorsqu'il a reçu la sienne, il n'en existait encore point au profit de Séius : celle de ce dernier n'a réellement existé que du jour de la ratification. Ce n'est qu'à l'égard de la partie qui ratifie, et de ses héritiers, que la

ratification fait supposer le mandat, et en a l'effet, et non à l'égard des tiers qui avaient, avant qu'elle eût lieu, acquis des droits sur les mêmes biens (1); à la différence du cas où Sempronius eût agi en vertu d'un mandat de Titius, car alors la ratification ne faisant que confirmer l'obligation de ce dernier, cette obligation aurait eu effet à partir du jour où elle aurait été contractée (2).

287. Dans l'ancienne jurisprudence, on tenait pour principe que les actes nuls de droit, et ensuite confirmés, n'avaient effet que du jour de la confirmation, *ut ex nunc*, et non pas du jour où ils avaient été passés, *ut ex tunc;* qu'ainsi par exemple, un acte fait par une femme mariée non autorisée, et ensuite dûment confirmé, ne valait que du jour de la confirmation, parce qu'il était considéré comme nul de droit (3); d'où l'on tenait généralement qu'il devait être régi par les lois du jour où il avait été confirmé, et non par celles du jour où il avait été passé, s'il y avait eu changement à cet égard dans la législation. On partait de cette idée, qu'un acte nul ne peut réellement être confirmé, parce que le néant ne peut rien produire : or, autrement il eût produit des effets.

(1) Basnage, *des hypothèques*, chap. III; Pothier, *des hypothèques*, chap. 1; Denizart, v° ratification.

(2) Les mêmes, *ibid.*

(3) *Voyez* ce qui a été dit à ce sujet au titre *du mariage*, tome II, n° 518, sans oublier les notes.

C'est d'après ces principes que la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 12 décembre 1810 (1), qu'une cession de droits successifs faite par un acte antérieur au Code, et nulle dans son principe, mais ratifiée sous le Code, était soumise à la subrogation forcée de l'art. 841; tandis que, dans l'espèce, cette subrogation n'eût pu être requise avant le Code. En sorte que la ratification n'a pas eu d'effet rétroactif : l'acte primitif, au lieu d'être régi par les anciennes lois, l'a été au contraire par le Code, quoiqu'il n'y eût pas de droit spéciaux acquis par des tiers avant cette ratification.

288. Au lieu qu'à l'égard des actes simplement sujets à rescision pour lésion ou minorité, violence ou dol, comme ils pouvaient très bien être confirmés, on décidait que la ratification s'identifiait avec l'acte primitif, qui valait *ut ex tunc*, du jour de sa date, et qui était en conséquence régi par les lois de cette époque, et non par celles du jour de l'acte confirmatif.

Néanmoins nos auteurs les plus exacts n'admettaient pas que la ratification, même dans ces sortes d'actes, pût nuire aux droits que des tiers se trouvaient avoir acquis sur les mêmes biens au temps où elle avait eu lieu.

289. Le Code ne distingue point à cet égard entre les obligations des femmes mariées non auto-

(1) Denevers, 1811, pag. 63.

risées, et celles des mineurs, ou qui ont été consenties par dol ou violence, parce qu'elles ne sont pas plus nulles *ipso jure* les unes que les autres. L'art. 1338 s'applique à toutes, même à celles des interdits, quoique l'art. 502 les déclare nulles de droit : toutes en effet peuvent être confirmées, et si elles l'ont été valablement, la confirmation empêche d'opposer le vice dont elles étaient infectées, sauf les droits des tiers acquis à l'époque où elle a eu lieu.

C'est ce qu'a fait clairement entendre l'orateur du gouvernement, en présentant le projet de loi au Corps législatif; il disait : « La distinction que « l'on faisait anciennement entre la confirmation et « la ratification a paru inutile; *leur effet est le même,* « *celui d'emporter la renonciation à tous moyens et* « *exceptions que l'on pouvait opposer contre l'acte* « *confirmé ou ratifié.* »

Au moyen de la limitation relative aux droits des tiers, limitation qui s'applique à toute espèce d'acte qui avait besoin de confirmation ou de ratification, la distinction ne peut guère avoir d'importance que pour savoir si l'acte doit être régi par la loi du jour où il a été passé, ou bien par celle du jour où il a été confirmé; mais comme les actes réellement nuls *ipso jure*, tels que ceux qui ont pour objet une chose hors du commerce, ou des faits illicites, ou une cause contraire aux lois, ou qui sont absolument sans cause, ne peuvent être confirmés, suivant ce que nous avons dit précédemment, et que les autres sont seulement annulables ou rescindables, et

non pas nuls de droit d'une manière absolue, nous croyons que l'on doit décider, du moins en thèse générale, que la confirmation ou ratification s'identifie avec l'acte; en conséquence, que cet acte est régi par la loi du jour où il a été passé; qu'il vaut *ut ex tunc,* mais sans préjudice du droit des tiers, acquis sur les mêmes biens avant la ratification ou confirmation; qu'ainsi, par exemple, une hypothèque consentie par une femme mariée non autorisée, dont l'acte a ensuite été régulièrement confirmé, aura effet vis-à-vis des créanciers auxquels les mêmes biens n'auront été hypothéqués que depuis l'acte de confirmation, quoiqu'on n'y eût pas renouvelé la constitution d'hypothèque avec les formalités qui ont été observées dans l'acte primitif, et ce, encore que quelque nouvelle loi eût changé ces formes. On eût décidé anciennement dans ce cas, du moins la plupart des auteurs, que l'acte ne valait que *ut ex nunc,* tandis qu'on doit décider sous le Code, du moins suivant notre opinion, qu'il vaut *ut ex tunc*, sauf les droits acquis aux tiers sur les mêmes biens avant l'acte de confirmation.

290. Ce que nous venons de dire sur l'effet des actes confirmatifs reçoit une importante exception par l'art. 1339, qui porte que « le donateur ne peut « réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une « donation entre-vifs, nulle *en la forme,* il faut qu'elle « soit refaite en la forme légale, » si, bien entendu, le donateur persévère dans sa volonté de donner.

C'est une suite des anciens principes, que les actes nuls ne peuvent produire aucun effet, et l'on a regardé les vices de forme en matière de donation comme produisant une nullité radicale. En second lieu, on a pensé qu'il serait plus facile d'amener le donateur à confirmer la donation, que de lui en faire faire une nouvelle, et l'on a cru devoir lui laisser la plus entière liberté à cet égard. C'est du moins ce que disait M. d'Aguesseau sur l'ordonnance de 1731, qui est son ouvrage.

291. Mais comme les héritiers du donateur sont généralement plus enclins à critiquer ses libéralités qu'il ne l'est lui-même, on a pensé aussi que s'ils les confirmaient ou les exécutaient volontairement, c'est qu'ils auraient de bonnes raisons pour le faire : aussi « la confirmation ou exécution volontaire « d'une donation, par les héritiers ou ayant-cause « du donateur, après son décès, emporte leur re- « nonciation à opposer soit les vices de forme, soit « toute autre exception. » (Art. 1340.)

Il faut toutefois pour cela que la ratification ait eu lieu depuis le décès du donateur, car auparavant il n'avait point d'héritiers ; il n'avait que des héritiers *présomptifs*, qui n'avaient point encore qualité pour ratifier, et qui n'auraient peut-être confirmé la donation que dans la crainte qu'il ne donnât davantage, *ne pejùs faceret*. Peu importe la disposition finale de l'art. 918, où le consentement des successibles aux actes qui y sont mentionnés les rend

désormais non recevables à en attaquer les effets sous les rapports prévus à ce même article ; car c'est là une disposition spéciale. La Cour de cassation a même jugé (1), dans le cas d'une donation déguisée faite par un père à l'un de ses enfans, mais hors des cas prévus à cet article, que l'approbation que les autres enfans y avaient donnée de son vivant était absolument sans effet ; en conséquence, que la donation était sujette à rapport par l'enfant donataire, qui s'était porté héritier du père, parce qu'elle n'avait pas été faite par préciput ou hors part, et que, dans tous les cas, elle eût été sujette à réduction, s'il y avait eu excès de la quotité disponible (2).

292. Il faut même remarquer que, s'il s'agissait d'une donation d'immeubles nulle en la forme, l'exécution volontaire de la part du donateur par la délivrance des immeubles, n'en purgerait point le vice, et, d'après cela, que le donateur pourrait encore revendiquer les biens, nonobstant cette délivrance. Dès que la donation nulle en la forme ne peut être confirmée par le donateur, par des actes, elle ne peut l'être non plus par lui au moyen de l'exécution volontaire ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale, s'il persévère dans sa volonté. C'est ce que nous avons déjà dit au tom. VIII,

(1) Arrêt du 2 novembre 1827. Sirey, 1827-1-180.

(2) *Voyez* ce qui a été dit à ce sujet au tome VII, nº 331, où nou citons cet arrêt.

n° 389, où nous citons à l'appui de cette décision un arrêt de la Cour d'Orléans, confirmé en cassation, le 16 juin 1821.

293. Mais nous ajoutons au même endroit, dans les nos suivans, que si la donation nulle en la forme était d'une somme ou autre chose mobilière qui aurait été volontairement payée ou livrée par le donateur au donataire, comme ce serait là une donation manuelle, et même l'acquittement d'une obligation naturelle, il n'y aurait pas lieu à la répétition (art. 1235); que si une partie seulement avait été payée, il n'y aurait pas lieu, il est vrai, à répéter ce qui aurait été payé ou livré, mais que le donataire ne pourrait exiger du donateur le surplus, en se fondant sur ce que l'exécution partielle suffit aussi pour opérer ratification. Car, dans ce cas, la ratification est nulle, et ce qui empêche que le donateur ne puisse répéter ce qu'il a volontairement payé, ce n'est pas l'exception tirée d'une ratification, que nous ne reconnaissons point dans l'espèce, c'est parce qu'en payant une somme ou une chose qu'il savait ou devait savoir qu'on ne pouvait exiger de lui, il a voulu acquitter une dette naturelle, ou, si l'on veut, faire une libéralité : *Cujus per errorem soluti est repetitio, ejusdem dati consultò donatio est.* L. 53, ff. *de regul. juris.* Or, les donations de meubles sont valables, même faites sans acte, ainsi que nous l'avons démontré au même endroit; au lieu que celles d'immeubles ne sont

translatives de propriété qu'autant qu'elles sont faites par acte, et avec toutes les formalités requises. Telle est la raison de différence entre les deux cas.

294. Enfin il faut observer aussi que l'art. 1339 ne s'applique qu'aux donations nulles en la forme, et par conséquent que le donateur pourrait ratifier celle qui serait nulle pour autre cause, en se conformant aux dispositions de l'art. 1338. Par conséquent, s'il l'avait fait en temps d'incapacité, et qu'il la confirmât ou l'exécutât en temps de capacité, cette ratification, expresse ou tacite serait valable, et purgerait le vice de l'acte, quel que fût l'objet de la donation, un immeuble ou un meuble, n'importe. L'art. 1339 ne fait exception aux principes généraux sur l'effet des ratifications que pour les donations nulles *en la forme*, et seulement encore à l'égard du donateur, et non de ses héritiers ou ayant-cause.

SECTION II.

De la preuve testimoniale.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

295. *Ce qu'est la preuve testimoniale.*

296. *Le droit romain l'admettait généralement, quelle que fût la valeur de la chose demandée, et l'espèce d'action intentée.*

297. *La corruption des mœurs a fait apporter des restrictions*

à l'admission de ce genre de preuve, par l'ordonnance de Moulins, de 1566.

298. *Dont la disposition à cet égard a été confirmée par l'ordonnance de 1667, et avec quelque extension, et ensuite par le Code civil.*

299. *Quand la loi exige que l'acte soit passé par écrit, la preuve par témoins est inadmissible, quelque modique que fût la somme.*

300. *Exemple tiré d'une promesse de donner à titre gratuit.*

301. *La déclaration de volonté d'un defunt, de léguer telle chose à quelqu'un, ne pourrait non plus se prouver par témoins, quelque modique que fût l'objet réclamé.*

302. *Même décision quant à une convention d'hypothèque, ou à des conventions matrimoniales.*

303. *Et à une transaction verbale.*

304. *Et à un bail verbal qui n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, quoiqu'on puisse très bien louer verbalement.*

305. *Divers contrats du commerce qui ne peuvent non plus se prouver par témoins.*

306. Quid *en matière de societé? distinctions à faire.*

307. *Division de la matière.*

295. La preuve par témoins, dans les matières civiles, consiste dans l'audition, en justice, de personnes qui sont appelées pour déclarer ce qu'elles savent d'un fait avancé par l'une des parties, et contesté par l'autre.

296. Le droit romain admettait ce genre de preuve à quelque valeur que s'élevât l'objet du litige, ou le montant de la cause, tant dans les actions réelles que dans les actions personnelles; aussi bien dans les matières civiles que dans les matières criminelles: *et adhiberi testes possunt, non solùm*

in criminalibus causis, sed etiam in pecuniaribus litibus, sicuti res postulat. L. 1, § 1, ff *de testibus.*

In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quàm depositiones testium. L. 15, Cod. *de fide instrum.*

Il n'y avait guère que dans les causes où il s'agissait, pour l'une des parties, d'établir qu'elle était de condition ingénue, *in contraversiâ ingenuitatis*, que la preuve dût être faite par des actes, *instrumentis*, et non par témoins seulement. L. 2, (*aliàs* 1) Cod. *de testibus.* Et encore il paraît, d'après la loi 3, § 5, ff. *de carboniano edicto*, qu'il n'en a pas toujours été ainsi, du moins dans tous les cas; qu'au contraire, la filiation a pu être établie par témoins (1). Quoi qu'il en soit, dans les autres matières, la preuve testimoniale toute seule était aussi bien admise que la preuve par écrit; car les Romains tenaient, en principe, que l'écriture n'est point nécessaire à la validité des conventions (2) : *Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum præbeat, non ideò minùs valebit quod instrumentum nullum de eâ intercessit.* L. 5, ff. *de fide instrum.*

---

(1) Lorsque l'acte qui constatait la filiation avait été perdu par quelque accident, la preuve par témoins était au surplus admise, même au temps où *l'ingénuité* ne pouvait, en principe, se prouver que par écrit. L. 6, Cod. *de fide instrum.*

(2) Sauf ce qui a été décidé par Justinien, dans la loi 17, au Code, *de fide instrumentorum*, dont la disposition a été reproduite dans ses Institutes, au titre *de emptione et venditione*, pour le cas où les parties étaient convenues de traiter seulement par écrit, *in scriptis*.

Ainsi, les conventions d'hypothèque se prouvaient aussi bien par témoins que par des actes ; et même le mariage se prouvait de cette manière. L. 4, ff. de *fide instrum.*

A plus forte raison les achats et les ventes, et la tradition qui s'en était suivie, se prouvaient-elles aussi par témoins. L. 12, Cod. *de probat.*

Il en était de même des délivrances ou traditions des choses données, lesquelles n'en avaient pas moins effet quoique la donation eût été faite sans acte. L. 12, Cod. *de fide instrum.*

Les partages se prouvaient aussi par témoins, comme par des actes. L. 9, Cod. *eod. tit.*

Les stipulations, les prêts, les dépôts, les louages, les conventions de société, en un mot toute espèce de contrats ou de pactes, se prouvaient également par témoins, à quelque valeur que s'élevât l'objet de la demande. Les lois ne font à ce sujet aucune distinction.

Et l'on prouvait également de cette manière, aussi bien que par des actes de vente, son droit de propriété sur telle ou telle chose. L. 4, Cod. *de probat.*

On sent d'après cela, et à plus forte raison, que la perte des actes qui avaient été faits n'empêchait point l'exercice de l'action, qui alors pouvait se justifier par la preuve testimoniale comme s'il n'eût pas été fait d'acte. Voyez, à cet égard, les exemples fournis par les LL. 1, 6, 7, 8, 10 et 11, au Code, *de fide instrum* ; la L. 15, Cod. *de jure dotium* ; et la L. 25, Cod. *de liberali causâ.*

297. Mais la corruption des mœurs ayant produit de fréquens exemples de subornation, il fut décidé, dans notre jurisprudence, par l'ordonnance de Moulins, de l'année 1566, art. 54, que, « de toutes choses excédant la somme ou la valeur « de cent livres, pour une fois payer, seront passés « contrats, par lesquels seulement sera reçue la « preuve de la matière, sans recevoir aucune preuve « outre le contenu auxdits contrats. »

298. Cette disposition fut confirmée, et même étendue et développée, par l'ordonnance de 1667, titre 20, art. 2, qui s'exprimait ainsi : « Seront pas- « sés actes devant notaires ou sous signature privée « de toutes choses excédant la somme ou valeur de « cent livres, même pour dépôts volontaires ; et ne « sera reçu aucune preuve par témoins contre et « outre le contenu des actes, ni sur ce qui serait « allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les « actes, encore qu'il s'agît d'une somme moindre « de cent livres. »

L'article faisait toutefois exception à l'égard de ce qui s'observe dans les juridictions des consuls, c'est-à-dire en matière commerciale, et l'article suivant exceptait aussi les cas d'accidens imprévus, et ceux où il y a un commencement de preuve par écrit.

Le Code civil a consacré les dispositions de cette ordonnance sur cet objet, en portant toutefois à 150 francs la somme qui était d'abord de 100 livres.

299. Il faut, au surplus, observer que lorsque

la loi exige que la convention soit passée par écrit, la preuve par témoins ne peut être admise, encore que la somme fût au dessous de 150 francs; parce qu'alors l'écriture étant une condition essentielle à la validité du contrat, la preuve testimoniale n'aurait pas d'objet; ce serait le cas de la règle *frustrà probatur, quod probatum non relevat.*

300. Ainsi je demanderais vainement à prouver par témoins que vous m'avez fait la promesse de me donner, à titre de libéralité, telle somme, quoique cette somme n'excédât pas 150 francs; car une donation, pour produire une action efficace, doit être faite par acte, même passé devant notaires, avec minute, dans la forme ordinaire des actes authentiques, et doit être acceptée expressément, également par acte authentique, à peine de nullité (art. 931 et 932). En sorte que lors même que la promesse serait avouée, je ne serais pas en droit d'en exiger le montant.

301. Je ne pourrais non plus prouver par témoins que Paul, qui est maintenant décédé, m'a fait un legs de 100 francs par exemple, devant telles personnes, en chargeant son héritier, devant ces personnes, de me payer cette somme; car ce serait là un *fidéicommis* verbal, et non un legs véritable. Or, l'on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que de deux manières : par donation entre-vifs et par testament, dans les formes établies pour l'une ou l'autre manière de disposer (art. 893).

Autre chose serait si Paul s'était reconnu mon débiteur de cette somme pardevant témoins ; je pourrais prouver ma créance par la preuve testimoniale.

302. Ce serait pareillement en vain que l'on voudrait prouver par témoins une convention d'hypothèque (art. 2117 et 2227), ou des conventions matrimoniales (art. 1394).

303. Ainsi encore, l'article 2044 veut indistinctement qu'une transaction soit faite par écrit, et il ne réserve pas, comme l'article 1834, en matière de société, le droit de prouver par témoins la convention jusqu'à concurrence de 150 francs. Cela tient probablement à ce que la transaction étant un acte destiné à terminer un procès ou à en prévenir un, l'on n'a pas voulu que son existence fût elle-même l'occasion d'un procès. D'après cela, il n'y aurait pas lieu de la prouver par témoins, encore que le montant de l'intérêt en contestation n'excédât pas 150 francs; sauf le cas où l'acte qui aurait été fait à ce sujet serait perdu par accident.

304. Et quoique le contrat de louage soit du nombre de ceux qui n'exigent pour leur formation que le seul consentement des parties, *qui solo consensu perficiuntur*, néanmoins l'art. 1715 porte que si le bail verbal n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve n'en peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on alléguât d'ailleurs qu'il y a des arrhes de données.

Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail.

Le motif de cette dérogation aux principes généraux sur la preuve des conventions, ne peut guère être que le désir de prévenir le grand nombre de procès qui se seraient journellement élevés en cette matière, surtout dans les villes, où communément les locations de logement se font verbalement.

Du reste, le commencement d'exécution du bail peut être prouvé par témoins, puisqu'on suppose que ce commencement d'exécution peut exister et cependant que le bail n'a pas été fait par écrit; et il peut être prouvé de cette manière, quel que soit le prix du bail; seulement si le commencement d'exécution est prouvé, ou s'il n'est pas nié, et qu'il y ait contestation sur le prix du bail et point de quittance, le propriétaire en est cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts, auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré (art. 1716).

305. Et suivant l'art. 273 du Code de commerce, toute convention pour louage d'un vaisseau, appelée *charte partie*, *affrétement* ou *nolissement*, doit être rédigée par écrit. Elle énonce le nom et le tonnage du navire, le nom du capitaine, les noms du fréteur et de l'affréteur, le lieu et le temps convenus pour la charge et la décharge, le prix du fret ou nolis, si l'affrétement est total ou partiel, et

l'indemnité convenue pour les cas de retard.

Les contrats à la grosse et d'assurance doivent aussi être rédigés par écrit (art. 311 et 332 *ibid.*).

En sorte que, dans ces divers contrats, la preuve testimoniale ne serait point admissible pour constater les conventions faites verbalement, quelle qu'en fût la somme, même au-dessous de 150 fr. Il est même des auteurs qui pensent que l'écriture est tellement de l'essence de ces contrats, que le serment ne pourrait même être déféré sur le fait de leur existence verbale, *quia frustrà probatur quod probatum non relevat.*

306. Quant aux contrats de société, l'art. 1834 du Code civil porte que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est de plus de 150 francs; et la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. C'est le principe général de l'art. 1341 appliqué aux sociétés en matière civile.

La preuve par témoins est donc admissible quand l'objet de la société n'est pas d'une somme ou valeur excédant 150 francs. Mais qu'entend-on par *objet* de la société? Celui qui demande, par exemple, la moitié d'objets ne valant pas au delà de 300 fr. y compris les bénéfices, s'il y en a eu, peut-il prouver par témoins la convention de société et la mise

en commun de ces objets? Nous le croyons, car ne demandant rien de la part du défendeur, il ne demande pas, dans notre espèce, au delà de 150 fr.; il n'y a d'ailleurs pas présomption qu'il ait cherché à corrompre des témoins pour s'approprier indûment cette valeur.

Le système contraire conduirait à dire que si vingt personnes, par exemple, ont mis en commun chacune 10 francs pour un certain objet, pour une certaine destination, il n'y aurait pas lieu à la preuve testimoniale en faveur de celui qui réclamerait sa part dans les 200 francs. Mais la loi entendue en ce sens serait absurde dans ses résultats, et en pleine contradiction avec ses motifs; car puisqu'elle ne présume pas qu'on corrompt des témoins pour 150 francs juste, elle doit bien moins encore supposer qu'on a pu en corrompre pour 10 francs. On ne doit pas voir uniquement la convention de société; on doit voir, au contraire, l'objet de *la demande;* or cet objet n'est que d'une bien faible somme, et la convention de société et la réalisation de la mise du demandeur, ne sont que la *cause* de la demande. Il n'y a pas deux objets principaux à prouver, il n'y en a qu'un, la demande, fondée sur telle cause; et le sociétaire ne demandant pas les parts des autres, sa demande doit pouvoir être prouvée par témoins toutes les fois que cette preuve ne tendrait pas à lui faire obtenir une valeur de plus de 150 francs. C'est aussi l'avis de M. Delvincourt. Nous aurons

aussi à examiner, à l'égard d'une vente dont l'acheteur déclarerait devoir encore le prix, la question de savoir si l'on doit, pour juger si la preuve testimoniale est admissible ou non, défalquer de la valeur de la chose demandée par l'acheteur, le prix dont il se reconnaît encore débiteur; et *vice versâ.*

Mais quoique l'art. 1834 prescrive de rédiger par écrit les conventions de société lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs, néanmoins l'écriture n'est point prescrite quant à la validité de la convention elle-même, mais bien seulement pour la preuve, puisque si l'objet de la société n'excédait pas 150 francs, la preuve testimoniale serait admise, et cependant la nature de l'affaire n'en serait pas moins la même : d'où nous concluons que si la société dont l'objet excèderait même cette somme était avouée par le défendeur, ou si celui-ci refusait de prêter le serment qui lui serait déféré par le demandeur, ou ne consentait pas à le lui référer, il devrait être condamné. Voyez à ce sujet un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 28 juin 1810. Sirey, 1814-2-93.

Toutefois les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être rédigées par écrit, et elles sont soumises aux formalités prescrites par le Code de commerce pour les rendre publiques, à peine de nullité à l'égard des intéressés. (Art. 39 et suiv., Cod. de comm.)

307. Ces observations préliminaires exposées,

nous allons passer à l'analyse des dispositions du Code sur cet objet important, et qui présente d'assez nombreuses difficultés.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, des cas où la preuve testimoniale toute seule n'est point admise dans les contrats.

Dans un second, de la règle qu'il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 francs;

Dans un troisième, des exceptions aux règles ci-dessus;

Et enfin dans un quatrième, de la déposition des témoins, des causes de reproches, et de l'appréciation des dispositions.

§ Ier.

Dans quels cas la preuve testimoniale toute seule n'est point admise dans les contrats.

SOMMAIRE.

308. *Texte de l'art. 1341, qui cesse d'être applicable lorsque les parties sont parfaitement d'accord sur l'admission de la preuve testimoniale.*

309. *On aurait pu élever le taux auquel il est permis de prouver par témoins, au delà de 150 francs, pour le mettre en rapport avec la valeur de 100 livres au temps de l'ordonnance de 1667, et surtout au temps de celle de 1566.*

310. *Les obligations nées antérieurement au Code n'ont pu, sous*

le Code, être prouvées par témoins, que conformément aux lois anciennes.

311. *La règle que la preuve par témoins n'est point admissible au delà de* 150 *fr. s'applique même aux dépôts volontaires.*

312. *Et quoique l'on prétendît qu'il y a eu délit d'abus de confiance.*

313. *Elle s'applique, par le même motif, aux prêts à usage.*

314. *Et à plus forte raison aux louages de choses mobilières.*

315. *La règle est générale; conséquence.*

316. *Et s'applique, par cela même, aux objets confiés à un voiturier pour les transporter.*

317. *Si le défendeur prétend que l'objet réclamé vaut plus de* 150 *francs, l'estimation doit en être faite avant de décider si la preuve testimoniale est ou non admissible.*

318. *Si l'on doit, à cet égard, défalquer de la valeur de l'objet. la somme que le demandeur déclare devoir de son côté pour ce même objet.*

319. *Les intérêts demandés se comptent avec le capital de la demande, mais non les intérêts moratoires.*

320. *Celui qui a demandé une valeur excédant* 150 *francs n'est pas admis à la preuve testimoniale en offrant de réduire sa demande.*

321. *Il n'y est pas admis non plus, d'après le Code, quoique sa demande n'excède pas* 150 *francs, si elle est déclarée être le restant ou faire partie d'une somme qui excédait* 150 *francs et qui n'était point prouvée par écrit; critique de cette disposition.*

322. *Elle n'est point au surplus applicable au cas d'une vente dont le prix a été en partie payé comptant, lorsque ce qui est resté dû n'excédait pas* 150 *francs.*

323. *Difficulté que présente la disposition ci-dessus dans son application.*

324. *La réunion de plusieurs demandes formant ensemble une somme de plus de* 150 *francs n'autorise pas la preuve testimoniale, encore qu'il soit allégué que les dettes pro-*

viennent de diverses causes et qu'elles se sont formées en différens temps; mais les causes exceptées de la règle générale ne doivent pas être comptées dans la formation de cette somme.

325. *La décision principale elle-même n'est pas applicable au cas où les diverses créances procèdent de différentes personnes, par succession, donation ou autrement.*

326. *Toutes les demandes qui ne sont pas entièrement justifiées par écrit doivent être formées par un même exploit, après lequel celles qui ne seraient pas prouvées par écrit ne sont pas reçues.*

327. *Difficulté que présente cette disposition dans son application; on ne l'observait guère sous l'ordonnance de 1667, d'où elle est tirée.*

328. *Réfutation d'une opinion de Jousse à cet égard.*

329. *Si la partie qui pouvait empêcher la preuve par témoins réclamée par son adversaire, ne l'a pas fait, et a même fait sa contre-enquête, peut encore appeler du jugement interlocutoire qui a admis cette preuve?*

308. La règle générale en cette matière est l'article 1341, ainsi conçu :

« Il doit être passé acte devant notaires ou sous « signature privée, de toutes choses excédant la « somme ou valeur de cent cinquante francs, même « pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune « preuve par témoins contre et outre le contenu « aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été « dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il « s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent « cinquante francs :

« Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit « dans les lois relatives au commerce. »

Et, suivant notre opinion, sans préjudice aussi du cas où les parties seraient elles-mêmes d'accord sur l'admission de la preuve testimoniale; car la loi ne prescrit des actes que pour la preuve. Elle suppose que l'une des parties résiste à celle par témoins, quand elle décide que cette preuve ne sera pas admise au delà de 150 francs. Elle n'autorise pas les juges à rejeter la demande d'office dans ce cas, puisqu'elle ne les autorise pas à suppléer d'office même le moyen de la prescription (article 2223). Il en doit être, à cet égard, comme d'une convention de prêter le serment (1).

309. Ainsi, en principe, lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur excédant cent cinquante francs, et qu'on a pu se procurer une preuve écrite, l'on n'est pas admis à la preuve par témoins.

L'on a porté à cent cinquante francs la somme que les ordonnances avaient fixée à cent livres. A raison de l'abondance du numéraire, qui a toujours été en croissant en Europe depuis la découverte de l'Amérique, la première de ces sommes aujourd'hui est même bien loin de valoir réellement ce que valait la seconde en 1667, et surtout ce qu'elle valait en 1566, époque de la publication de l'ordonnance de Moulins, si l'on considère ce qu'on eût pu alors se procurer avec cent livres, et ce qu'on pourrait seulement se procurer aujourd'hui avec cent cinquante francs. Aussi n'y a-t-il pas plus de danger,

(1) *Voyez infrà*, n° 329.

même en se reportant simplement à 1667, que, par corruption et subornation de témoins, un homme de mauvaise foi ne cherche à se faire payer une somme de cent cinquante francs qui ne lui serait pas due, qu'il n'y en avait anciennement qu'il ne cherchât, par l'emploi du même moyen, à se faire payer cent livres; il y en a même beaucoup moins, et si l'on s'était attaché davantage à *l'esprit* de la législation, on eût pu élever le *maximum* jusqu'à deux cents francs au moins sans de graves inconvéniens.

310. Au surplus, quant aux obligations nées antérieurement au Code, et quoique devenues exigibles seulement sous le Code, elles n'ont pu être prouvées que conformément aux lois anciennes; par conséquent celles qui excédaient cent livres, quoique n'excédant pas cent cinquante francs, n'ont pu, de droit commun, être établis par la seule preuve testimoniale, comme l'a fort bien jugé la Cour de cassation, le 22 mars 1810 (1), par application du principe que les lois n'ont pas d'effet rétroactif. (Art. 2.)

311. L'on voit que, même pour dépôts volontaires, la preuve par témoins n'est pas admise au delà de cent cinquante francs. Avant l'ordonnance de 1667, ce point avait été controversé, parce que celle de Moulins ne s'en expliquait pas, et surtout

---

(1) *Journal de Jurisprudence du Code civil,* tome XVIII, p. 82.

parce que, disait-on, il n'est ni dans l'usage ni dans les bienséances que celui qui fait un dépôt entre les mains d'un ami, et qui reçoit par conséquent un service, en demande une reconnaissance; cela paraîtrait offensant dans beaucoup de cas. Mais comme c'était laisser la porte ouverte aux abus que l'on voulait prévenir, on a porté la règle pour les dépôts volontaires comme pour les autres contrats; car il n'eût pas plus été difficile à un fripon de suborner des témoins pour déposer d'un dépôt que pour déposer d'un prêt.

312. En sorte que, bien que la preuve testimoniale soit admise en matière de délits, quel que soit le montant des dommages-intérêts réclamés pour le préjudice souffert, et quoique l'abus de confiance commis à l'occasion d'un dépôt soit un délit (art. 408, Cod. pén.), néanmoins l'on ne peut, pas plus devant les tribunaux de police correctionnelle que devant les tribunaux civils, prouver le dépôt par témoins, s'il est d'une valeur excédant cent cinquante francs, sauf les cas d'exception dont nous parlerons bientôt : par conséquent l'on ne peut prononcer contre l'individu accusé devant le tribunal de police correctionnelle d'avoir abusé d'un dépôt, aucune condamnation, soit pénale, soit civile, si le dépôt n'est pas préalablement prouvé conformément aux dispositions du Code civil, car, jusque là, il n'y a point de délit à réprimer, puisque la *cause* même du délit prétendu

n'est pas justifiée. Pour qu'il y ait eu violation de dépôt, il faut qu'il y ait eu dépôt : or, c'est ce qu'il faut d'abord prouver d'après les règles sur la preuve des contrats, puisqu'il s'agit d'un contrat.

C'est en conséquence de ces principes que la Cour de cassation a jugé, par arrêt de cassation, le 12 messidor an XII (1), et le 16 janvier 1808 (2), que les tribunaux de police correctionnelle sont incompétens pour connaître de la violation prétendue d'un dépôt volontaire excédant cent cinquante francs de valeur, quand il est dénié et qu'il n'est pas constaté par acte, ou qu'il n'existe pas un commencement de preuve par écrit. On ne conçoit même pas que le contraire ait pu d'abord être jugé. Comment, en effet, n'a-t-on pas vu que c'était favoriser la fraude, que l'on a voulu prévenir? Car, au lieu de demander la restitution d'un prétendu dépôt par la voie civile, un audacieux fripon prendrait la voie de la police correctionnelle, et les témoins qu'il suborncrait lui prêteraient tout aussi facilement leur criminel appui dans une juridiction que dans l'autre. Bien mieux, la crainte qu'éprouverait naturellement celui auquel il voudrait extorquer la somme la plus considérable, porterait ce dernier à l'accorder de suite, plutôt que de s'exposer aussi à une condamnation pénale et déshonorante; en sorte que la fraude arriverait bien plus facilement encore à ses fins.

---

(1) Denevers, 1808, pag. 119.

(2) Sirey, 1808-1-223.

313. Quelques arrêts rendus avant l'ordonnance de 1667, dit Pothier, avaient aussi admis la preuve par témoins de prêts à usage, parce que ces prêts, de même que les dépôts, se font ordinairement entre amis, sans en retirer de reconnaissance par écrit; mais cette ordonnance ayant déclaré que le dépôt volontaire était compris dans la loi générale qui exige une preuve par écrit, on doit conclure, à plus forte raison, la même chose du prêt à usage, puisqu'on se fie autant à celui à qui l'on fait un dépôt, qu'à celui à qui l'on prête; et celui qui fait un dépôt a encore bien plus lieu de craindre d'offenser son ami en lui demandant une reconnaissance, que celui qui prête.

314. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans les louages de choses mobilières, comme des meubles meublans, un cheval, une voiture; et suivant Jousse, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1667, l'on doit aussi comprendre dans la règle, le cas d'effets prétendus donnés à un voiturier pour les porter ou voiturer d'un lieu à un autre, parce qu'il n'a dépendu que du propriétaire de retirer de lui une reconnaissance desdits effets, du moins par-devant notaire, si le voiturier ne savait pas écrire. Et quant aux messageries et voitures publiques, comme ceux qui les exploitent tiennent des registres, on doit avoir soin, lorsqu'on leur remet des effets à transporter, de les faire coucher sur lesdits registres. A cet égard, il y a des réglemens parti-

culiers qui font la loi entre les entrepreneurs et les autres citoyens (art. 1786), et que nous expliquerons en traitant *du louage*.

315. En un mot, ce n'est pas sans intention que l'article 1341 se sert de ces expressions : « Il doit être « passé acte devant notaires ou sous signature pri- « vée de *toutes choses* excédant la somme ou valeur « de cent cinquante francs, *même pour dépôts vo- « lontaires*. » On a voulu exclure la preuve testimoniale pour toute chose d'une valeur excédant cette somme, quelle que soit l'espèce de contrat à raison duquel cette chose serait réclamée, ainsi que pour les paiemens de dettes, sauf les exceptions dont il sera bientôt parlé.

En sorte que lorsqu'il s'agira d'un prétendu dépôt volontaire, ou d'un prêt à usage, ou du louage d'un corps certain, tel qu'un cheval, une voiture, comme en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279); celui de qui l'on réclamera l'objet, et qui niera le dépôt, le prêt ou le louage, en sera présumé propriétaire, jusqu'à preuve du contraire; et cette preuve ne pourra être faite, même en police correctionnelle, que conformément aux dispositions du Code civil, du moins cela sera généralement vrai, les circonstances particulières de la cause pourront seules autoriser les tribunaux à s'écarter du principe. C'est à ceux qui confient des choses d'une valeur excédant cent cinquante francs, à l'un de ces titres, ou pour autre cause, à retirer un reçu de celui auquel ils les confient. Cela, nous en con-

venons, n'est pas sans inconvéniens, et il n'est même guère d'usage de retirer une reconnaissance d'un domicilié à qui l'on prête ou à qui l'on loue un cheval, une voiture, ou tout autre objet; mais enfin la loi est positive.

316. On a même compris dans la règle, la remise de titres ou pièces confiées à un huissier ou à un avoué pour faire des poursuites, et par arrêt du 30 décembre 1602, rapporté par *Péleus* en ses *Actions forenses*, liv. 4, art. 22, et que Jousse, *loco citato*, paraît approuver, il a été jugé que la preuve testimoniale toute seule n'était point admissible dans un cas où l'intérêt de la contestation était au delà de cent livres.

Nous ne saurions nous ranger à cette décision; ce cas doit être assimilé, quant à la preuve, à ces sortes de dépôts que l'on fait dans les hôtelleries, parce qu'il y a *nécessité* de remettre des pièces à un officier ministériel pour faire des poursuites, comme il y a nécessité pour un voyageur de déposer ses effets dans l'auberge où il loge, et qu'il n'est pas plus d'usage de retirer un reçu de cet officier que d'un aubergiste.

317. Lorsque la chose demandée, comme ayant été remise à titre de dépôt, de prêt à usage, de loyer, ou livrée par suite de vente ou à titre de paiement, etc., n'est pas d'une somme d'argent, et qu'il y a contestation sur le fait de savoir si elle est ou non d'une valeur excédant cent cinquante francs,

comme c'est de la décision de ce point que dépend l'admission ou le rejet de la preuve par témoins, il faut d'abord estimer la chose; et comme le tribunal n'a pas les connaissances nécessaires pour l'estimer lui-même, il doit ordonner qu'elle sera estimée par experts.

318. Mais doit-on, quant au point de savoir si la preuve par témoins, toute seule, est admissible, prendre uniquement en considération le montant de l'intérêt réel qu'a le demandeur à la faire admettre, ou bien, au contraire, la valeur de la chose qu'il réclame, sans en défalquer la valeur de ce dont il se reconnaît débiteur à ce sujet, et qu'il offre de payer? Par exemple, si je prétends que vous m'avez vendu tel cheval, moyennant trois cents francs, dont je reconnais vous devoir encore le prix, dois-je être admis à prouver le marché par témoins, si, d'après l'estimation qui serait faite du cheval en question, il n'y avait pas une valeur de plus de cent cinquante francs de différence d'avec la somme que j'offre pour le prix? Suivant nous, cela devrait être, et certainement *l'esprit* de la loi est en faveur de cette décision, puisqu'on ne peut raisonnablement supposer que j'ai corrompu des témoins pour me procurer injustement une valeur qui, toute balance faite, n'excède pas cent cinquante francs, on le suppose.

On dira peut-être que l'objet demandé est le cheval, que sa valeur excède cent cinquante francs,

et par conséquent que la loi prescrivait un acte pour la preuve, puisqu'elle la prescrit *pour toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs*. On ajoutera peut-être aussi que l'art. 1344 exclut la preuve par témoins même dans des cas où la chose que l'on demande à prouver est d'une valeur au dessous de cette somme, parce que l'on a méprisé le prescrit de l'art. 1341, qui voulait un acte dans ces mêmes cas, attendu que d'abord l'affaire était d'une valeur au dessus de cent cinquante francs. Mais on peut répondre que l'espèce n'est pas la même que celles dont il s'agit dans cet art. 1344; car *l'intérêt réel* de l'affaire, dans le cas de la vente, n'excédait point, dès le principe, cent cinquante francs, au moyen du prix du cheval dont le demandeur se reconnaît débiteur. Celui-ci n'a jamais eu à réclamer une valeur excédant cette somme, en défalquant celle dont il est débiteur : l'intérêt réel de la convention, dès le principe, n'était donc pas de plus de cent cinquante francs, et l'acheteur a dû naturellement croire que la loi ne lui prescrivait pas de faire un écrit pour cela. Toutefois nous avouerons que la question n'est pas sans difficulté, et nous avouerons même aussi que probablement les tribunaux rejetteraient ce système, parce qu'à leurs yeux l'objet demandé serait le cheval, et non la *valeur* qu'il pourrait avoir en sus de ce que le demandeur déclarerait devoir à raison de l'achat de ce cheval. Mais dans le cas de société, dont nous avons parlé

plus haut, nº 306, il nous semble que la décision que nous avons donnée ne devrait souffrir aucune difficulté, parce que ce qui est demandé n'est qu'une part de l'objet de la société, et non tout l'objet de cette même société.

319. La règle générale est applicable au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs (art. 1342). La raison en est simple : celui qui voudrait obtenir à l'aide de la preuve testimoniale, une somme de 170 francs, par exemple, ferait déposer qu'il a prêté 150 francs depuis quatre ans avec convention d'intérêts à 5 pour 100 par an, et de cette manière il franchirait la limite posée par la loi tout aussi bien que s'il eût demandé les 170 francs comme prêtés intégralement.

Cette décision n'est toutefois pas applicable aux intérêts judiciaires ou *moratoires*, c'est-à-dire aux intérêts qui ont couru depuis la demande ; car ils n'en faisaient point partie, et le créancier ne doit pas souffrir de ce que l'affaire est restée plus ou moins de temps en suspens, peut-être par la faute du débiteur.

320. Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive. (Art. 1343.)

S'il y était admis, les témoins déposeraient du

prêt, par exemple, pour la somme qui a été demandée; et quoiqu'il ne pût exiger au delà de cent cinquante francs, somme à laquelle il se serait restreint, le débiteur n'en passerait pas moins dans le public pour avoir reçu toute la somme qui lui avait d'abord été demandée; en sorte que la crainte de compromettre sa réputation, l'obligerait à la payer plutôt que de laisser faire la preuve, et le demandeur obtiendrait ainsi indirectement ce qu'il ne pouvait obtenir ouvertement.

On attribue aussi cet autre motif à la disposition: que le créancier, puisque la somme excédait d'abord cent cinquante francs, est en faute de n'avoir pas exigé un acte; et il faut convenir que ce motif paraît fortement confirmé par l'art. 1344, suivant lequel la preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant, ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit. Mais cette dernière disposition mérite quelques explications, que nous allons bientôt donner.

Du principe que le demandeur ne peut plus, après avoir formé sa demande, en restreindre le montant pour faire admettre la preuve testimoniale, Pothier tire la conséquence que, lorsque quelqu'un a une demande en dommages-intérêts à former pour inexécution d'une convention verbale de faire ou de ne pas faire quelque chose, et qu'il est incertain si la somme s'élèvera ou non à plus de 100 liv.,

il doit, pour faire admettre la preuve par témoins de la convention, déterminer, dans sa demande, le montant de ces dommages-intérêts à une certaine somme qui n'excède pas 100 liv. ; qu'il doit même la restreindre d'abord ; car s'il avait une fois conclu à une somme excédant le taux de l'ordonnance, comme il aurait par cela même reconnu que l'objet de la convention voulait un acte, il ne serait pas admis ensuite, en restreignant sa demande, à pouvoir la justifier par témoins.

Et Pothier cite à ce sujet, par argument, un arrêt du 17 décembre 1658, rapporté par Bardet, VII, 46, dans l'espèce duquel un tailleur qui avait demandé une somme de 200 liv. à une veuve, pour fournitures d'habits à son mari, fut exclu de la preuve testimoniale, qu'il offrait de faire, que cette veuve avait répondu de la dette, quoiqu'il se restreignît à 100 liv.

321. On vient de voir que, d'après l'art. 1344, la preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même au dessous de 150 fr., ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit ; mais cette *créance plus forte* doit être entendue d'une créance plus forte que 150 fr., car jusqu'à cette somme il n'y avait pas besoin de faire un acte.

On a suivi en ce point l'opinion de Pothier, contrairement à celle de Boiceau, de Jousse et de plu-

sieurs autres auteurs; mais nous ne pensons pas qu'on ait bien fait de préférer son sentiment. Il s'exprime ainsi :

« Je vous demande 60 liv. restant du prix d'une « chose que je prétends vous avoir vendue pour le « prix de 200 liv. Vous niez avoir rien acheté de « moi : dois-je être admis à la preuve par témoins « de cette vente? Boiceau, 1-18, décide pour l'af- « firmative. Il cite des lois qui ne me paraissent pas « avoir d'application. Il est bien vrai que lorsqu'il « s'agit de décider de la compétence d'un juge qui « ne peut juger que jusqu'à une certaine somme, « *quantùm petatur quœrendum est, non quantùm* « *debeatur*, L. 19, § 1, ff. *de juridict.*, parce que le « juge ne juge que de ce qui est demandé. Mais dans « cette espèce-ci, pour savoir si la preuve de la con- « vention doit être permise au demandeur, il faut « savoir si c'est une convention dont l'ordonnance « l'obligeait de faire dresser un acte par écrit. Or, « cela se décide par ce qui faisait l'objet de la con- « vention, qui excédait 100 liv., et non par ce qui en « reste dû ; il ne peut donc pas être admis à la prou- « ver par témoins, quoiqu'il ne reste dû que 60 liv. « C'est l'avis du commentateur sur Boiceau (1).

« Par la même raison si, comme héritier pour « un quart de mon père, je vous demande 50 liv. « pour le quart de la somme de 200 liv. que je pré- « tends vous avoir été prêtée par mon père, je ne

(1) Danty.

« serai pas admis à la preuve par témoins du prêt.

« Mais si, dans l'un et l'autre cas, le demandeur « offrait la preuve testimoniale, non de la vente « faite pour le prix de 200 liv., non du prêt de « 200 liv. fait par le défunt, mais de la promesse « que lui aurait faite le défendeur de lui payer les « 60 liv. qui restaient dues du prix de vente, ou les « 50 liv. qui lui étaient dues pour son quart, je « pense qu'il devrait être reçu à la preuve, car « cette promesse est une nouvelle convention con- « firmative de la première, et l'objet de cette nou- « velle convention n'excédant pas 100 liv., rien « n'empêche que la preuve testimoniale en puisse « être admise. »

Cela nous paraît si vrai que, selon nous, la preuve par témoins devrait être admise, encore que le débiteur se fût borné simplement à reconnaître la dette devant les témoins, sans s'obliger expressément à la payer ; car celui qui reconnaît *devoir*, s'oblige implicitement et virtuellement à payer *ce qu'il doit.*

Mais, même en l'absence de cette promesse ou de cette reconnaissance, il n'y avait réellement pas de motif raisonnable pour rejeter, dans ces cas, la preuve par témoins. Le créancier, dit Pothier, a contrevenu à l'ordonnance, qui lui prescrivait de prendre un acte écrit d'une obligation qui excédait 100 liv. ; mais dans quelle vue, dans quel esprit, pour quel objet l'y obligerait-elle ? car c'est là véritablement ce qu'il fallait envisager ; elle obligeait à

faire des actes, afin qu'on ne pût prouver par témoins au delà de 100 liv. : « De toutes choses excédant la somme de 100 liv. seront passés contrats « par lesquels seulement *sera reçue la preuve de la* « *matière*, » disait celle de Moulins; mais ce n'était point pour rendre les actes nécessaires à la validité des conventions elles-mêmes. Cela est si vrai qu'elle n'excluait pas les autres genres de preuve, tels que l'aveu de la partie et le serment. Ce n'était pas non plus, comme on l'a prétendu, en vue de punir un créancier qui avait suivi la foi de son débiteur pour une somme excédant 100 livres, qu'elle interdisait à ce créancier la preuve testimoniale; c'était à cause du danger de cette preuve; mais ce danger, l'ordonnance elle-même n'y avait eu aucun égard lorsque la somme ou valeur n'excédait pas 100 liv.; or, dans l'espèce, elle n'excédait pas non plus 100 liv.

A force de commenter, de torturer le sens de l'ordonnance (car elle ne contenait aucune disposition semblable à celle de notre article 1344), on a fini par l'appliquer d'une manière contraire à son véritable esprit. Pothier lui-même s'en est plaint relativement à une autre question : il admet bien qu'on puisse prouver par témoins un paiement n'excédant pas 100 livres, d'une dette constatée par écrit, et néanmoins, dit-il, *par une mauvaise interprétation de l'ordonnance, l'usage est contraire.* Nous démontrerons plus loin que Pothier a pleinement raison sur ce point, et que le Code du moins n'a pas consacré en cela la mauvaise interprétation

de l'ordonnance : mais Pothier aurait dû plutôt aussi, selon nous, suivre, sur les cas en question, le sentiment de Boiceau et de Jousse, que de s'attacher à la *lettre* de cette ordonnance, en tant qu'elle prescrivait de passer des actes de toutes choses excédant 100 livres; car, encore une fois, elle ne les prescrivait réellement que pour écarter la preuve par témoins, à cause du danger de la subornation; et, dans l'espèce, ce danger n'était pas plus à craindre, que si la somme de 60 livres n'eût point été le restant d'une somme plus forte, mais bien celle qui eût été due dès le principe. Il faut prendre garde aussi que le désir de prévenir des fraudes, poussé trop loin, n'y donne précisément lieu, en favorisant les débiteurs de mauvaise foi.

On conçoit très bien qu'un créancier, après avoir demandé en justice une somme qui excèderait 150 francs, ne soit pas recevable ensuite, pour faire admettre la preuve par témoins, à restreindre sa demande à 150 francs; nous en avons donné la véritable raison : il forcerait indirectement le défendeur à lui payer toute la somme primitivement demandée, par la crainte qu'aurait celui-ci de voir sa réputation compromise par le résultat de l'enquête. Mais cette raison est sans force dans les cas où la demande, dès le principe, n'excède pas 150 francs, puisqu'on ne prouvera pas avec effet au delà de ce qui a été demandé. Il n'y a donc d'autre sujet de crainte à avoir que celui qu'une personne serait exposée à payer au plus 150 francs qu'elle ne devrait

pas, mais ce danger existe également dans les cas ordinaires, et la loi n'y a eu aucun égard ; elle ne le présume pas.

Dira-t-on que le créancier n'a pas dû compter, dès le principe, sur la preuve par témoins, et qu'un paiement partiel fait ensuite par le débiteur n'a pas dû lui conférer le droit de faire cette preuve? Et pourquoi non, si l'on s'attache au véritable esprit de la loi, si l'on considère le but qu'elle s'est proposé en prescrivant des actes écrits pour les valeurs excédant 150 francs?

Quoi qu'il en soit, son texte est formel, et il faut bien s'y soumettre; mais il a encore besoin d'explication pour être entendu sainement.

322. Ainsi, dans l'espèce de la vente d'une chose moyennant 200 livres, et d'une demande de 60 liv., supposée par Pothier, cet auteur n'explique point s'il a entendu parler même du cas où l'acheteur aurait payé comptant les 140 livres qui, avec les 60 livres demandées, formaient le prix de la vente; et cependant il nous semble évident que ni sa décision ni celle de l'art. 1344 ne doivent être entendues de ce cas.

En effet, si l'acheteur a payé comptant 140 livres, il n'a réellement été débiteur dès le principe que de 60 livres seulement, et quoique ces 60 livres fissent partie de la somme des 200 livres convenues, ils n'ont néanmoins pas fait *partie* d'une *créance* de 200 liv., puisqu'elles ont à elles seules formé toute

la créance : le vendeur n'a donc eu besoin d'une preuve que pour ces mêmes 60 livres seulement, pour ce qui lui était dû, pour l'objet pour lequel il a eu action, et il n'a jamais eu action que pour 60 livres. Or, s'il n'a eu besoin de preuve que pour cette somme, celle par témoins a dû lui paraître suffisante, et a dû lui suffire en effet. Ces 60 livres formaient à elles seules toute la dette, et ce n'était que pour la dette que la preuve était nécessaire.

Si l'on prétendait, en raisonnant *de apicibus juris*, que, pendant un instant de raison, depuis l'accord sur la chose et le prix, jusqu'au moment même où l'acheteur a compté les 140 livres payées comptant, ces 140 livres ont été dues, et en conséquence que cette somme, ainsi que celle de 60 livres pour laquelle il a été fait terme à l'acheteur, sont deux parties d'une même créance, d'une même somme, celle des 200 livres convenues comme prix de la vente, et, d'après cela, qu'il y a lieu d'appliquer l'article 1344 ; nous répondrions qu'en réalité les 140 livres payées comptant n'ont point été dues ; qu'on ne doit pas les considérer comme l'ayant été ; car l'acheteur qui paie le prix comptant ne peut être regardé comme débiteur, et voilà pourquoi l'on s'accorde généralement à reconnaître que si, dans ce cas, il est passé acte sous seing-privé de la vente, il n'est pas besoin que l'acte soit fait en double original ; le vendeur en effet n'a pas besoin d'un titre contre celui qui ne lui doit rien. Or, la loi sur la preuve testimoniale n'a pu vouloir pres-

crire des actes que pour constater des dettes, et des dettes excédant la somme qu'elle a déterminée.

L'article 1344 exclut bien la preuve testimoniale lorsque la somme demandée est *déclarée* être le restant ou faire partie d'une *créance* plus forte qui n'est point prouvée par écrit, mais dans notre espèce, quoique la somme convenue ait été de 200 livres, néanmoins, en réalité, la *créance*, la chose pour laquelle on a *cru à la foi* de l'acheteur, *creditum*, n'a jamais été que de 60 livres seulement : on ne s'est pas confié à lui, il n'y a pas eu *creditum* pour les 140 livres qu'il a payées comptant.

Il y aurait eu d'ailleurs une grande inconséquence dans cette même loi, si elle eût entendu prescrire à une personne à laquelle il était dû seulement 60 livres pour objets vendus et livrés, d'exiger une preuve écrite de cette somme, et de forcer ainsi l'acheteur à recourir au ministère dispendieux d'un notaire, s'il n'eût su écrire, quand cependant d'un autre côté elle aurait affranchi les parties de l'obligation de faire un acte dans le cas même où la somme due aurait été jusqu'à 100 liv. (et aujourd'hui jusqu'à 150 fr.), si la vente eût été seulement de cette somme.

Le raisonnement de Pothier sur le cas qu'il prévoit, que le vendeur a contrevenu à l'ordonnance, parce qu'elle exigeait une preuve écrite pour une vente de 200 liv., ce raisonnement, disons-nous, n'est pas même applicable à l'espèce, parce que l'ordonnance n'a pu vouloir une preuve écrite que

pour prouver une créance au dessus de 100 liv., et que, dans l'espèce, le vendeur n'a été créancier que d'une somme de 60 liv. seulement, au moyen du paiement comptant de 140 liv. Et nous croyons bien que Pothier lui-même, ennemi des subtilités, aurait décidé la question comme nous, s'il l'avait envisagée dans l'hypothèse d'un paiement comptant des 140 liv., puisqu'il dit dans l'espèce qu'il prévoit, que, si le demandeur offrait de prouver par témoins, non la vente faite pour le prix de 200 liv., mais la promesse que lui aurait faite le défendeur de lui payer les 60 liv. qui lui restaient dues sur le prix de cette vente, la preuve devrait être admise; or, le demandeur, dans notre hypothèse, demande à prouver que le défendeur a promis de lui payer les 60 liv. pour lesquelles il lui a été accordé un terme, promesse que celui-ci a aussi incontestablement faite que dans le cas prévu par Pothier, et dont la preuve n'offre pas plus de danger, et n'est pas plus contraire à l'esprit de la loi.

Si vous supposez que c'était cinquante mesures de grains qui avaient été vendues moyennant 200 liv., c'est tout comme si l'acheteur en eût acheté et payé comptant trente-cinq mesures, et reçu quinze mesures à crédit. Mais nous déciderions la même chose dans le cas où c'eût été un seul objet, parce qu'il n'y aurait toujours eu qu'une *créance* de 60 liv., qui n'avait pas besoin, aux termes mêmes de l'ordonnance, d'être constatée par acte écrit.

Et quand bien même, dans notre espèce, le vendeur eût mal à propos déclaré dans sa demande que les 60 liv. réclamées étaient le restant d'un prix de vente de 200 liv., la preuve testimoniale, selon nous, n'en eût pas moins dû être admise, parce que c'est plutôt à la vérité des choses qu'aux mots dont on s'est servi, qu'il faut s'attacher.

Ainsi, nous croyons que la disposition de l'article 1344 doit être entendue du cas où, dès le principe, la créance se montait à une somme excédant 150 fr., et non de celui où, par l'effet d'un paiement comptant, elle était d'une somme inférieure. Dans cette dernière hypothèse, elle n'est que *nomine tenùs* le restant d'une somme plus forte; en réalité, elle est et a été toute la dette : ce n'est que pour cela qu'il y a eu action dès le principe, parce qu'il n'y a eu de créance, *creditum*, que pour l'objet à raison duquel on a *suivi la foi* de l'acheteur.

323. Ce même article présente une difficulté bien plus grave, selon nous. Par qui, en effet, suppose-t-il que la somme demandée *aura été déclarée être le restant ou faire partie d'une créance au dessus de cent cinquante francs qui n'est point prouvée par écrit?* Il ne suppose pas que c'est par les témoins, puisqu'il dit que la preuve testimoniale ne doit pas être admise. Il ne suppose pas non plus que c'est par le défendeur, puisque celui-ci nie la dette, et que ce n'est que parce qu'il la

nie, qu'il y a lieu à la question de savoir si la preuve testimoniale est ou non admissible. Il suppose donc que c'est par le demandeur; mais ce dernier connaissant la disposition de ce même article, se gardera généralement bien de faire cette déclaration, et ne croira pas pour cela blesser l'équité, puisque la somme qu'il demande lui est réellement due. Ainsi, au lieu, par exemple, de demander 140 fr. comme restant d'une somme de 160 fr. qui lui avait été promise par le défendeur pour le prix d'une certaine quantité de denrées ou d'un certain objet qu'il lui a vendu et livré devant témoins, il demandera simplement 140 fr. pour le prix de cet objet, et cela, soit que depuis la vente il eût reçu ou non un paiement de 20 fr. Nous disons *depuis la vente*, parce que, suivant ce que nous venons de démontrer, si c'était au moment même de la vente qu'il eût reçu ce paiement de 20 fr., comme la *créance* n'aurait réellement été que de 140 fr., l'art. 1344 n'eût point été applicable à ce cas, du moins selon notre opinion, et la preuve par témoins n'eût pas dû souffrir de difficulté. Mais dans l'hypothèse que nous faisons, il y en a au contraire une très grande.

Comment, en effet, le défendeur écartera-t-il la preuve testimoniale? et s'il ne peut l'écarter, quel sera le sort de la demande dans le cas où, ainsi qu'on doit le supposer, les témoins eux-mêmes déclareront qu'il y a eu vente, entre les parties, de tel objet, moyennant 160 francs?

D'abord, en niant la vente, évidemment le défendeur déclare par cela même qu'il n'y a pas lieu de faire à sa cause l'application de l'article 1344; cela n'a pas besoin d'être plus amplement démontré.

En avouant, au contraire, la vente et la livraison de la chose, mais en prétendant toutefois, pour se rendre cet article applicable, qu'elle a eu lieu moyennant 160 francs, et non pas moyennant 140, ainsi que le dit le demandeur, il rendrait superflue la preuve testimoniale, soit qu'il déclarât ou non qu'il a payé par à compte 20 francs; car il avouerait ainsi la dette, sans justifier pour cela de sa libération. Aussi ne doit-on pas supposer, dans notre hypothèse, qu'il fera cet aveu.

Enfin, en déclarant qu'il est vrai qu'il y a eu vente, mais moyennant 160 francs, et qu'il en a payé le prix, son aveu ne pourrait sans doute être divisé (art. 1356), mais le demandeur ne serait point obligé de s'y tenir, sauf à lui à prouver sa prétention par d'autres moyens. Or, c'est ce qu'il veut faire, dans l'espèce, par la preuve testimoniale, attendu que sa demande est d'une somme qui n'excède pas 150 francs, et qu'elle n'est point *déclarée* par lui être le restant ou faire partie d'une créance au dessus de cette somme.

Il ne reste donc au défendeur, dans notre espèce, pour tenter de se rendre applicable cet article 1344, qu'à demander au tribunal que le demandeur soit tenu de préciser davantage les faits,

de le faire interroger sur faits et articles; mais si le demandeur se renferme dans la déclaration faite dans sa demande (1), il est clair que la preuve testimoniale est inévitable, et alors s'élève la question que nous avons posée d'abord, quel sera le sort de la demande dans le cas où, ainsi qu'on doit le supposer, les témoins déclareront que la vente a eu lieu pour le prix de 160 francs?

C'est une difficulté assurément que Pothier n'a pas prévue, car dans l'exemple qu'il donne « d'une « demande de 60 livres restant du prix d'une chose « que *je prétends* vous avoir vendue pour le prix « de 200 livres, » il est clair qu'il suppose que c'est le demandeur lui-même qui *déclare* que la somme par lui demandée est le restant d'une somme qui, d'après l'ordonnance, aurait dû être prouvée par écrit, et c'est aussi ce que suppose l'art. 1344 lui-même; tandis que nous supposons, nous, ce qui arrivera le plus communément, que le demandeur se gardera bien de déclarer que la somme qu'il demande est le restant d'une créance qui excédait 150 francs dès le principe.

Si l'on s'attachait au véritable but que s'est proposé et qu'a dû se proposer le législateur dans l'article 1341, qui est le principe général de la matière, on devrait incontestablement décider que le dé-

(1) C'est assurément une mauvaise loi, celle qui expose un créancier légitime à perdre sa créance, ou à ne pas répondre d'une manière entièrement conforme à la vérité sur un fait qui ne tient point du tout à l'existence réelle de cette même créance.

fendeur doit être condamné à payer les 140 francs demandés ; et l'on devrait même le décider ainsi nonobstant l'art. 1344, si l'on ne s'attachait qu'à *la lettre* de cet article. Mais si l'on s'attache à l'intention qui l'a dicté, par suite d'une mauvaise interprétation de l'ordonnance de 1667, on décidera probablement que la demande, dans l'espèce, doit être rejetée. On se fondera sur ce qu'elle n'a été établie qu'au moyen d'une preuve testimoniale que ce même article avait pour objet d'écarter, et qu'il aurait écartée en effet si la somme demandée eût été déclarée par le demandeur être le restant d'une créance excédant 150 francs qui n'était point prouvée par écrit. L'on dira que s'il n'en était ainsi, rien ne serait plus aisé que de se jouer de ce même article, qu'au surplus nous voudrions bien voir disparaître du Code, comme une de ces absurdités *traditionnelles*, dont on trouve plus d'un exemple.

324. Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 150 francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différens temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de différentes personnes (art. 1345).

Peu importe que chacune des causes ne fût point

assujettie à la règle générale ; car, s'il n'en était ainsi, celui qui voudrait obtenir, à l'aide de la preuve testimoniale, une somme au dessus de 150 francs qui ne lui serait pas due, ne manquerait pas de donner plusieurs causes à sa demande : il demanderait 150 francs pour prêt, 150 francs pour cause de vente, etc., et les témoins qu'il aurait corrompus ne feraient pas plus de difficulté de déposer de ces diverses causes, que d'une seule : ils ne méritent pas plus de foi sur la diversité des causes que sur les dettes elles-mêmes, lorsqu'elles excèdent 150 francs. La disposition serait applicable, encore qu'il offrit de prouver chacune des causes de la demande par des témoins divers. L'article ne distingue pas. Et en vain alléguerait-il que les créances se sont formées en différens temps. La raison qu'en donnait Pothier, c'est que dès que le demandeur se trouvait déja créancier d'une certaine somme qui n'était point prouvée par écrit, et qu'il devenait ensuite créancier d'une autre somme, qui, réunie à la première, excédait le taux de l'ordonnance, il devait exiger une preuve par écrit.

La véritable raison, selon nous, c'est qu'il ne lui serait pas plus difficile de faire déclarer par les témoins qu'il a prêté en différens temps la somme réclamée, que de leur faire dire qu'il l'a comptée en une seule fois.

Celle donnée par Pothier ne serait, au surplus, point applicable, et, d'après cela, notre article ne le

serait pas non plus, au cas où la seconde créance serait le résultat d'un délit ou d'un quasi-délit commis par le débiteur envers le créancier, ou le résultat de la gestion de ses affaires, sans son aveu; car celui-ci ne pouvait en retirer une preuve écrite: l'une et l'autre créance pourraient donc être prouvées par témoins.

Mais en serait-il de même si c'était la créance pour prêt, vente, dépôt, etc., qui fût la dernière, ou si l'une des deux créances, n'importe laquelle, était appuyée d'un commencement de preuve par écrit? L'article 1347 porte que *les règles ci-dessus* reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, et l'article suivant porte également *qu'elles* (les règles ci-dessus) reçoivent encore exception dans les cas d'obligations qui naissent des quasi-contrats, et des délits ou quasi-délits. Or, si la preuve testimoniale est de droit dans ces obligations, et dans les autres lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, quel que soit le montant de la demande, il semble qu'on ne devrait pas les prendre en considération dans la formation de la somme au delà de laquelle la loi n'admet pas la preuve testimoniale, quoiqu'elles fussent antérieures à la créance pour prêt, vente ou dépôt; car au nombre des *règles ci-dessus* se trouve celle de notre article 1345. Le créancier, lors du prêt, etc., a pu raisonnablement croire qu'il n'avait pas à s'inquiéter de ces créances, puisque la loi lui disait qu'il pourrait les prouver par témoins;

il n'a dû s'occuper que du soin de constater la dernière; or, comme elle n'excédait point 150 fr., il a pu se contenter d'une preuve par témoins. La fraude d'ailleurs n'est pas à craindre dans ce cas comme dans les cas ordinaires. Cette décision serait surtout incontestable s'il ignorait le fait qui a donné lieu à la première créance, ce qui ne serait pas impossible. Nous avouerons toutefois que, dans le cas contraire, la question n'est pas sans quelque difficulté; et nous serions porté à croire que les tribunaux rejetteraient toute nouvelle demande non prouvée par écrit, dont la cause serait antérieure à la première, et était déja connue du demandeur.

325. Puisque la règle établie par cet article n'est point applicable aux cas ou les droits ou créances comprises dans la demande, et excédant 150 francs, procèdent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes, il s'ensuit que je pourrais, par exemple, prouver par témoins que mon père, dont je suis héritier, vous a prêté une somme de 150 francs, et que je vous en ai prêté une semblable de mon côté; ou que mon père a prêté cette somme au vôtre, dont vous êtes l'héritier unique, et qu'il vous en a prêté une à vous-même; ou bien, *vice versâ*, que j'ai prêté une telle somme à votre père, et que je vous en ai prêté une pareille. Dans tous ces cas, en effet, les créances ne sont point nées entre les mêmes personnes: mon père et moi, votre père et vous sont des personnes différentes.

La preuve par témoins est donc admissible pour prouver les deux créances, quoique, réunies, elles excèdent de beaucoup 150 francs : et comme l'article ne distingue pas, les mêmes temoins déposeraient valablement de l'une et de l'autre.

Il y a toutefois une difficulté, et elle naît de la raison donnée par Pothier, que lorsqu'une personne se trouve déja créancière d'une certaine somme qui n'est point prouvée par écrit, et qu'elle le devient ensuite du même débiteur pour une autre somme qui, réunie à la première, excèderait celle de 100 livres, cette personne doit retirer une preuve écrite de la seconde créance : d'où naît la question de savoir si, dans le cas où je ne vous aurais fait le prêt que je vous ai fait, que seulement depuis que j'ai recueilli la succession de mon père, par conséquent dans un temps où, à raison de la maxime *le mort saisit le vif*, j'étais déja devenu votre créancier, à cause de celui qu'il vous a fait lui-même, l'exception de notre article serait applicable? Et la question est la même si, dans le second et dans le troisième cas, le prêt qui vous a été fait par mon père ou par moi, n'a eu lieu que depuis l'ouverture de la succession de votre père, auquel le mien ou moi avons également prêté.

Comme l'article ne distingue pas, que les diverses créances *procèdent* de personnes différentes, nous croyons qu'en effet il n'y a pas à distinguer; sauf au tribunal, dans le cas où ce seraient les mêmes témoins que l'on produirait pour établir les deux

prêts, à se décider d'après toutes les circonstances de l'affaire, soit quant à l'admission ou au rejet de la preuve testimoniale, soit quant au jugement sur le fond, s'il avait cru devoir admettre cette preuve. C'est même un pouvoir qu'il a généralement, comme nous le dirons plus loin.

326. Afin que les dispositions précédentes soient plus exactement observées, l'art. 1346, qui reproduit à cet égard celle de l'article 6 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, porte que « toutes les de-« mandes, à quelque titre que ce soit, qui ne se-« ront pas entièrement justifiées par écrit, seront « formées par un seul et même exploit, après le-« quel les autres demandes, dont il n'y aura point « de preuves par écrit, ne seront pas reçues. »

On a voulu prévenir tout subterfuge, et empêcher qu'un homme de mauvaise foi n'obtînt, à l'aide de la preuve par témoins, et par des demandes successives, une forte somme qu'il diviserait par parties, en s'abstenant toutefois de déclarer dans ses demandes que c'est une portion ou le restant d'une créance excédant 150 francs, et qui n'était point prouvée par écrit, afin d'éviter l'application de l'article 1344.

327. Cette disposition n'est toutefois pas sans quelque difficulté dans son application exacte, et il paraît même qu'au temps de Jousse, elle était assez volontiers négligée, car cet auteur s'exprime ainsi dans son commentaire sur l'ordonnance :

« Il serait bien à souhaiter que cette disposition, « qui est très sage, fût observée plus exactement « qu'elle ne l'est, cela contribuerait beaucoup à « abréger la durée des procès. »

Pothier, qui analyse, dans son traité *des Obligations*, les autres dispositions de l'ordonnance, ne fait même pas mention de celle-là.

Quoi qu'il en soit, comment doit-elle être entendue? Le créancier doit-il comprendre dans son exploit, même les créances sous condition, ainsi que celles dont le terme n'est point encore échu? Evidemment non, puisqu'à l'égard des premières, il n'y a pas à proprement parler de dettes, mais une simple espérance, § 4, Instit. *de verb. oblig.;* et à l'égard des secondes, il ne peut priver le débiteur du bénéfice du terme. Il fera bien, au surplus, à l'égard de ces mêmes créances, de faire ses réserves dans la cause, pour prévenir des difficultés ultérieures.

Mais doit-il y comprendre toutes les causes de demandes alors exigibles, encore qu'elles procédassent de diverses personnes, à peine d'être ensuite non recevable à demander le paiement de celles qui ne seraient pas entièrement justifiées par écrit? Nous le pensons, car l'article 1346 faisant suite à celui qui traite de ces créances, s'y applique par conséquent : seulement, dans le cas où le créancier, au temps de sa demande, aurait eu une juste cause d'ignorer l'existence de telle ou telle de ces créances, il ne serait point non recevable ensuite

à en demander le paiement, et à prouver la dette par témoins. (Argument tiré de l'art. 1299.)

Il doit même comprendre dans le même exploit les créances exigibles, encore qu'elles fussent appuyées d'un commencement de preuve par écrit; car un commencement de preuve par écrit n'est point une preuve écrite, et l'article veut que le demandeur comprenne dans un même exploit toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas *entièrement justifiées par écrit.* Peu importe que l'article 1347, qui dit que « les règles « ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il y a un « commencement de preuve par écrit, » vienne après la disposition que nous analysons maintenant : cette disposition est spéciale, et rend, à ce titre, inapplicable à la cause celle de l'article 1347.

Nous en disons autant des créances qui auraient pour cause un quasi-contrat ou quasi-délit, et même un délit, dans le cas où le demandeur voudrait ensuite agir par la voie civile. L'article 1346 dit en effet : « Toutes les demandes, *à quelque titre que ce « soit,* qui ne seront pas entièrement justifiées par « écrit, seront formées par le même exploit, après « lequel les autres demandes qui ne seront pas jus- « tifiées par écrit ne seront pas reçues. » Ces mots, *à quelque titre que ce soit,* comprennent toutes les causes de demande que le demandeur voudrait ensuite justifier par la preuve testimoniale. Il n'y aurait exception qu'à l'égard des créances dont il ignorait les causes au temps où il a formé sa demande.

Enfin, en disant que les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues, l'article entend-il parler même de celles dont les causes seraient postérieures à la demande? M. Delvincourt est de cet avis, parce que, dit-il, on peut bien prêter une somme modique à une personne sans billet, mais lorsque cette personne a nié le prêt, et qu'on a été obligé de le lui prouver par témoins, il n'est pas présumable qu'on lui prête une seconde fois sur parole.

Cette observation n'est sans doute pas sans fondement; mais, d'un autre côté, l'on peut dire que l'article n'a pu vouloir obliger à comprendre dans le même exploit que les demandes dont les causes existaient alors, et que ce n'est qu'à l'égard de celles-là qu'il dit ensuite que les autres demandes dont il n'y aura pas de preuves par écrit ne seront point reçues, puisque cette partie de l'article est un corollaire de la première. L'observation n'aurait d'ailleurs aucune application aux créances nées de quasi-contrats, de délits ou quasi-délits, ni aux autres créances que le demandeur aurait acquises d'une autre personne, par succession, donation, cession ou autrement, depuis sa première demande. Aussi n'y aurait-il pas de difficulté pour ces diverses créances : la demande en serait évidemment recevable. Quant à celles qui seraient nées entre les mêmes parties par l'effet de contrats, et toujours postérieurement à la première demande, la question dépendrait, selon nous, beaucoup des circon-

stances ; les juges devraient surtout prendre en considération la qualité des témoins, et voir si ce sont les mêmes ou d'autres que ceux qui avaient été produits dans la première instance.

328. Jousse, sur l'article 6 de l'ordonnance, précité, disait : « *Quid* si le défendeur ne veut point « user du droit que lui confère cet article, et n'op- « pose point la fin de non recevoir ? *Il semble* que « le juge peut la suppléer d'office, afin que les « procès ne soient pas tirés en longueur ; ce qui « résulte de ces mots, *ne seront reçues.* »

Il résulterait de la question et de la réponse de Jousse, que le juge non seulement devrait rejeter d'office la demande à fins de preuve testimoniale, mais encore la demande principale elle-même ; or, c'est ce qu'il nous est impossible de croire, d'après les principes sur l'aveu de la partie et sur le serment décisoire, lequel peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360), seule chose qu'on puisse dire avec fondement, par application de notre art. 1346, qui rejette toute preuve testimoniale au sujet de la nouvelle demande.

L'ordonnance n'avait pas entendu donner aux juges le pouvoir de la rejeter comme si c'eût été une dette de jeu, pour laquelle la loi n'accorde pas d'action : elle avait seulement voulu que le créancier

ne pût prétendre justifier cette nouvelle demande par la preuve testimoniale, et c'est aussi ce que veut l'art. 1346, qui ne traite que de cette preuve, et qu'on ne doit point isoler des autres dispositions du Code. Dès que le juge ne peut suppléer d'office le moyen de la prescription (art. 2223), on ne voit pas comment il pourrait, dans l'espèce, sous le prétexte d'empêcher que les procès ne soient tirés en longueur, les trancher tout court, en donnant congé au défendeur, et en condamnant le demandeur aux dépens. La déclaration de 1733, dont il a été parlé plus haut, *défendait aux juges d'ordonner juridiquement le paiement des billets* qui n'étaient pas faits conformément à sa disposition, et cependant, nonobstant cette défense, qui était assurément aussi contraire à l'action du créancier que, dans notre espèce, ces mots, *ne seront reçues*, elle autorisait le demandeur à déférer le serment au défendeur, bien loin que le juge pût rejeter la demande elle-même de sa propre autorité. Au reste, Jousse n'exprime qu'avec scrupule l'opinion qu'il émet à cet égard : *il semble*, dit-il, etc. Pour nous, nous croyons que non seulement le juge ne doit point rejeter d'office la demande, mais même qu'il ne doit point rejeter d'office la preuve testimoniale invoquée par le créancier : la loi a seulement voulu donner au défendeur une fin de non recevoir à ce sujet ; car si celui-ci n'en veut point user, il en est le maître : *volenti non fit injuria*.

329. Le même auteur se demande ensuite si,

dans un cas où une partie aurait pu écarter la preuve par témoins, elle a consenti, au moins tacitement, en faisant elle-même sa contre-preuve, à ce que l'autre partie fît cette preuve, elle peut encore interjeter appel du jugement interlocutoire qui l'a admise, ainsi que du jugement au fond qui a statué conformément au résultat de l'enquête? Et il dit, sur cette question, que la partie est toujours recevable à appeler, encore qu'elle ait fait son enquête contraire. Il cite à ce sujet deux arrêts qui l'ont ainsi jugé : l'un du mois de décembre 1573, rapporté par Thévenot, sur *les ordonnances*, liv. III, tit, IX, art. 5; et l'autre du 28 juin 1599, rendu au rapport de Louët. Il s'appuie aussi du sentiment de Charondas, liv. II, *répons.* 91, et de celui de Leprêtre, *cent.* 4, chap. 22, n°s 9 et 10. Mais il ajoute toutefois « qu'il croit que si la partie qui a « intérêt d'empêcher la preuve avait consenti *en* « *termes exprès* à cette preuve par témoins, cette « partie ne serait plus recevable à en interjeter ap- « pel, quoique la cause fût d'une somme excédant « 100 liv. »

Cela, selon nous, est si peu douteux, que nous ne voyons même pas pourquoi Jousse exige pour cela un consentement exprès de la partie : son consentement tacite résultant de sa contre-enquête faite sans protestations ni réserves, est aussi clair qu'un consentement exprimé en termes formels, et il doit produire le même effet, celui de la rendre non recevable à appeler, de ce chef, du jugement au fond;

sauf le cas où l'enquête serait irrégulière, et celui où ce jugement serait vicieux pour quelqu'autre cause, en admettant, au surplus, que la matière fût susceptible d'appel, d'après les règles sur *le premier et le dernier ressort.*

Et les mêmes décisions s'appliqueraient au recours en cassation, à l'égard du jugement rendu en dernier ressort.

Il n'en est pas, en effet, d'un jugement interlocutoire comme d'un simple jugement préparatoire : l'exécution de ce dernier, même sans protestations ni réserves, n'empêche point d'en interjeter appel, en interjetant appel du jugement rendu sur le fond (art. 451 du Code de procédure); tandis que rien de semblable n'est dit dans le Code de procédure relativement à l'exécution, sans protestations ni réserves, d'un jugement interlocutoire. La raison de différence tient à ce que le jugement préparatoire n'est qu'un simple avant dire droit pour mettre la cause en état d'être jugée, sans préjuger le fond; au lieu que le jugement interlocutoire préjuge le fond (art. 452, *ibid.*); d'où il suit que pouvant nuire à la partie contre laquelle il a été rendu, si cette partie, au lieu de se pourvoir par les voies de droit contre ce jugement, l'exécute sans protestations ni réserves, c'est parce qu'elle le trouve bien rendu : elle y acquiesce. Or, les jugemens qui ordonnent une enquête sont des jugemens interlocutoires; *ils préjugent le fond.*

Nous irons même plus loin : il est même fort

douteux aujourd'hui que les protestations et réserves faites par la partie contre laquelle la preuve par témoins aurait été admise, dans sa contre-preuve ou dans un acte précédent, fussent suffisantes pour détruire l'effet de l'exécution qu'elle a donnée elle-même au jugement interlocutoire, en faisant cette contre-preuve. Car pourquoi ne s'est-elle pas pourvue contre ce jugement, ainsi qu'elle en avait le droit, plutôt que de l'exécuter ? Ne serait-ce pas parce qu'elle a voulu courir la chance où les enquêtes lui seraient favorables, et en même temps écarter la chance contraire, en se réservant le moyen de les faire tomber, ainsi que le jugement qui serait rendu en conformité des dépositions ? Cela n'est pas douteux, mais aussi cela n'est pas non plus conforme aux règles de la justice et du droit.

§ II.

Il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre de 150 francs.

SOMMAIRE.

330. *Comment doit être entendue la règle.*
331. *Divers exemples de cas où elle s'applique.*
332. *Mais elle ne s'applique pas aux cas où le défendeur demande à prouver par témoins que le jeu ou des faits d'usure sont la cause réelle de l'obligation.*
333. *Ou des faits de fraude, ou de violence, ou d'erreur.*

330. Lorsque les parties ont fait un acte, on doit présumer qu'elles y ont inséré toutes leurs conventions, et telles qu'elles ont été arrêtées : en conséquence il n'est admis aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, même quand il s'agirait d'une valeur au dessous de 150 fr. (art. 1341). La partie devait retirer une contre-lettre.

Or, ce serait vouloir prouver *contre* le contenu à l'acte, si le débiteur voulait prouver une chose de laquelle il résulterait une diminution des droits que l'acte par lui-même attribuerait au créancier, ou si celui-ci prétendait prouver quelque chose qui lui donnerait certain droit dont l'acte ne ferait pas mention, ou si enfin, dans le cas d'un contrat synallagmatique, la chose que l'une des parties voudrait prouver altérait ou modifiait d'une ma-

nière quelconque, les droits de l'autre tels que l'acte les avait établis.

331. De là si, dans un bail d'héritages ruraux, l'acte portait que le preneur sera tenu des cas fortuits prévus et imprévus, et que ce dernier prétendît ensuite prouver qu'il lui a été expliqué, lors du bail, que cela ne s'entendait que des cas fortuits ordinaires, tels que gelée, coulure et grêle, il ne serait pas admis à faire cette preuve par témoins, pour s'affranchir d'un cas fortuit extraordinaire qui aurait eu lieu; car ce serait vouloir prouver *contre* le contenu en l'acte, les cas fortuits *imprévus* étant les cas fortuits extraordinaires (art. 1773).

Ce serait vouloir aussi prouver *contre* le contenu à l'acte, si celui à qui un billet de 200 fr., par exemple, a été souscrit pour prêt, sans mention d'intérêts convenus jusqu'au remboursement, voulait prouver qu'il y a cependant eu une convention d'intérêts dont, par quelque raison particulière, les parties n'ont pas jugé à propos de parler dans le billet.

332. Toutefois il y a quelques observations à faire sur le cas d'usure; et il y a usure aujourd'hui, non pas, comme anciennement, par cela seul qu'il y a eu stipulation d'intérêt dans un prêt, mais seulement lorsque des intérêts ont été stipulés à un taux excédant celui fixé par la loi du 3 septembre 1807 : cinq pour cent sans retenue en matière civile, et six en matière de commerce.

Jousse dit que « quand on allègue le fait d'usure « ou du jeu contre une promesse, on admet quel- « quefois la preuve par témoins; ce qui dépend des « différentes circonstances, et lorsque la présomp- « tion est violente; » et il renvoie à ce sujet au procès-verbal de l'ordonnance (de 1667), pag. 221 et 222.

Pour le cas de jeu, l'ordonnance de 1629 le décidait positivement, par ses articles 138 et 140, dérogeant, à cet égard, aux règles ordinaires sur la preuve testimoniale, établies par l'ordonnance de Moulins. Plusieurs arrêts ont jugé conformément à cette décision : nous les citons au tome X, n° 370, où nous discutons la question, et où nous la résolvons en ce sens.

Il y a un peu plus de difficulté pour le cas d'usure alléguée. L'article 3 de la loi du 3 septembre 1807, *sur le taux de l'intérêt de l'argent*, porte bien, il est vrai, que « lorsqu'il sera prouvé que le « prêt conventionnel a été fait à un taux excédant « celui qui est fixé par l'art. 1er, le prêteur sera « condamné, par le tribunal saisi de la contesta- « tion, à restituer cet excédant, s'il l'a reçu, ou à « souffrir la déduction sur le principal de la créance, « et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, au « tribunal de police correctionnel, pour y être jugé « conformément à l'article suivant (1). » Mais cette

---

(1) Ainsi conçu : « Tout individu qui sera prévenu de se livrer « *habituellement* à l'usure, sera traduit devant le tribunal correction-

disposition, qui suppose que l'action dont est saisi le tribunal est purement civile, ne s'explique pas sur la nature de la preuve qui sera admise pour établir l'usure. Nous croyons, d'après cela, qu'il n'en exclut aucune, et que, conformément à ce qui était reçu dans l'ancienne jurisprudence, celle par témoins pourrait être admise, si la présomption d'usure était violente, et nous ajouterons : si l'usure paraissait quelque peu considérable. Il est certain que, généralement, l'emprunteur, qui a besoin d'argent, et qui, pour en obtenir, souscrit à tout ce qu'on exige de lui, n'est pas en position d'avoir une preuve écrite du fait d'usure qu'il allègue, et par conséquent que le principe qui a dicté l'art. 1348 lui est applicable.

De plus, l'habitude de l'usure est un délit qui se forme par les conventions elles-mêmes, et qui ne suppose pas, comme le délit de violation de dépôt, la préexistence d'un contrat de dépôt, qu'il faut d'abord prouver, et par les voies ordinaires, pour établir le délit; au contraire, le fait d'usure se commet par les actes mêmes; c'est une fraude, une sorte de dol, et d'après l'art. 1353, le dol peut s'établir par les présomptions que la loi abandonne à la sagesse du magistrat; or, comme ces mêmes

---

« nel, et, en cas de conviction, condamné à une amende qui ne « pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure.

« S'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroquerie de la part « du prêteur, il sera condamné, outre l'amende ci-dessus, à un « emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans. »

présomptions sont assimilées, par cet article, à la preuve testimoniale, il s'ensuit que le dol peut être prouvé par témoins, comme par ces présomptions, et, par voie de conséquence, que le délit d'usure peut être prouvé devant les tribunaux correctionnels par la seule preuve testimoniale, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, par arrêt de cassation du 2 décembre 1814, rapporté au répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Usure*.

Par la même raison, un simple fait d'usure peut être prouvé aussi par témoins, ainsi que l'a jugé la même Cour, par arrêt de la section des requêtes, le 28 juin 1811, rapporté au même endroit. Dans l'espèce, l'acte était cependant authentique, et portait que les deniers avaient été comptés en présence du notaire; mais la numération avait pu être simulée, et l'emprunteur n'étant pas libre, mais forcé par sa position, il n'y avait pas lieu de dire pour cela qu'il avait été complice d'une simulation : il en avait seulement été victime. Ainsi l'art. 1341 a été jugé n'être point applicable.

Et par identité de motifs, la même Cour a aussi decidé, par arrêt du 3 avril 1824, cité au même endroit, que la simple perception d'intérêts excédant le taux légal, constitue le dol et la fraude, encore bien qu'elle n'eût pas le caractère d'habitude d'usure (auquel cas elle eût été un délit); et que pour la reconnaître et en déclarer les effets, c'est-à-dire condamner le prêteur à restituer ce qu'il a perçu au delà de l'intérêt légal, les juges

peuvent se contenter de simples présomptions résultant des circonstances de la cause, conformément à l'article 1353 du Code civil.

333. A plus forte raison, les faits de violence et de fraude, et même d'erreur, peuvent-ils se prouver par témoins, quoique l'acte, par son contexte, constatât que tout s'est passé régulièrement entre les parties. A ces cas ne s'applique pas non plus la règle qu'il n'est pas permis de prouver par témoins *contre* le contenu à l'acte, mais bien celle que la preuve testimoniale est admise toutes les fois qu'il n'a pas été possible à celui qui l'invoque de se procurer une preuve écrite du fait qu'il allègue à l'appui de sa prétention. Ce point n'a jamais fait de difficulté, et l'on peut, pour plus de confirmation, s'il en était besoin, recourir à ce que nous avons dit à ce sujet, au tome X, sur les cas de violence, d'erreur, de dol et de fausse cause.

334. Lorsqu'une dette a été contractée par acte soit authentique, soit sous seing-privé, serait-ce vouloir prouver *contre et outre le contenu à l'acte*, que de demander à prouver un paiement qui a eu lieu postérieurement; le débiteur doit-il être admis à faire cette preuve par témoins si le paiement n'excède pas cent cinquante francs?

Plusieurs arrêts ont jugé anciennement qu'il devait être admis à prouver par témoins un paiement n'excédant pas cent livres, quoique la dette fût constatée par écrit. On peut citer celui du 20 dé-

cembre 1640, rapporté par Boniface, tom. Ier, liv. VIII, tit. XXVII, chap. IV, et celui du mois d'août 1682, de la Cour des aides, rapporté au *Journal du Palais*, tom. II de l'édition *in-folio*. Boiceau, *Traité de la preuve*, part. II, chap. II, est aussi de ce sentiment : selon lui, ce n'est en aucune façon prouver contre et outre le contenu en l'acte.

Au contraire, Jousse, qui cite ces arrêts, dit que « *cela lui semble aller directement* contre l'ordon« nance. » Mais on peut lui demander en quoi cela va contre l'ordonnance ; car celui qui demande à prouver le paiement qu'il prétend avoir fait reconnaît tout ce que porte l'acte, et c'est en exécution de ce même acte qu'il a fait ce paiement. « L'allégation du paiement, dit M. Delvincourt, « vient à l'appui du prêt, bien loin d'aller contre « le contenu en l'acte. Autre chose serait si le « défendeur prétendait qu'on ne lui a pas prêté les « deniers ; dans ce cas, il voudrait, mais vaine« ment, prouver *contre* l'acte. »

Pothier est aussi d'avis que ce n'est point là prouver contre le contenu à l'acte : « Cependant, « ajoute-t-il, je vois que, dans l'usage, soit par une « mauvaise interprétation de l'ordonnance, soit « pour quelque autre raison, on refuse la preuve « testimoniale des paiemens d'une dette dont il y « a un acte par écrit. »

Cette autre raison est probablement celle-ci, que celui de qui l'on a exigé un écrit ne doit pas être

facilement présumé payer sans se faire rendre le titre, si la dette est acquittée entièrement, ou une quittance, soit sur le titre, soit par un acte séparé, si elle ne l'est pas en totalité. Mais on peut répondre qu'il arrive souvent qu'un paiement est fait dans une foire ou dans un marché, ou dans toute autre circonstance particulière, où le créancier n'a pas son titre sur lui, et lorsqu'aussi il n'y avait pas facilité de faire en ce moment une quittance par devant notaire, si le créancier ne savait pas écrire, et même sous seing-privé, quoiqu'il le sût ; cela se voit tous les jours.

Toutefois, Pothier n'agite la question que pour le cas où la dette constatée par écrit et dont le paiement est ensuite fait devant témoins, n'excède pas 100 livres : « celui, dit-il, qui, par un acte, est « débiteur d'une somme *moindre* de 100 livres, « peut-il être reçu à prouver par témoins le paie- « ment de cette dette, ou de partie ? Il semble « qu'il doit être admis, etc. » D'où il paraîtrait que, suivant cet auteur, le débiteur ne devrait pas être admis à la preuve testimoniale si la dette était de plus de 100 livres. Mais si telle était son opinion, nous ne saurions nous y ranger ; il n'y a aucune distinction à faire à cet égard, et Boiceau n'en faisait pas. Jousse n'indique pas non plus que les arrêts ci-dessus cités aient eu à statuer dans des espèces où la dette constatée par écrit n'excédait pas 100 liv. Quoi qu'il en soit, il nous paraît certain qu'un paiement, quoique la dette fût au dessus de 150 francs,

doit pouvoir être prouvé par témoins jusqu'à 150 fr. La loi ne prescrit en effet de passer acte pour *toutes choses*, par conséquent pour les paiemens comme pour les conventions et obligations, que lorsque la valeur excède cette somme.

Ce n'est point non plus vouloir prouver ce qui serait allégué avoir *été dit depuis l'acte*, puisqu'il s'agit, non d'un *dire* qui aurait eu pour objet d'altérer la convention dans ses effets, mais d'un *fait* qui suppose, au contraire, la reconnaissance, dans son entier, de cette même convention, dont ce paiement est l'exécution, en tout ou partie.

335. Il y a plus de difficulté à l'égard d'une remise, parce que l'on peut dire que, si la preuve n'est pas contre et outre le contenu en l'acte, ni sur ce qui aurait été dit avant ou lors de l'acte, elle est du moins sur ce qui *aurait été dit depuis l'acte;* et l'art. 1341 l'exclut aussi pour ce cas. Cependant, au tome précédent, n° 360, nous avons décidé que la preuve par témoins d'une remise n'excédant pas 150 francs peut et même doit être admise, encore que la dette fût constatée par écrit; que ce n'est point contrevenir à la disposition finale de l'article 1341.

En effet, la défense de cette preuve est établie afin que l'un des contractans ne vienne pas, par des allégations, attaquer la convention dans quelques unes de ses parties; or, dans le cas d'une simple remise, le débiteur à qui elle a été faite ne demande

pas à prouver quelque chose qui contredirait directement ou indirectement cette même convention, qui en altèrerait d'une manière quelconque les dispositions; il veut seulement prouver un fait qui en est indépendant, et qui n'en altère en rien l'objet, un fait qui en suppose, au contraire, l'existence, telle que la constatait l'acte, en un mot, un moyen de libération, tout comme un paiement, une compensation, la perte de la chose due. On ne peut pas appliquer à ce cas ce qui a été dit plus haut, que, lorsque les parties ont fait un acte, elles sont censées y avoir inséré toutes leurs conventions, car ce n'en est point une qui aurait pour objet de modifier celles qui étaient contenues à l'acte; c'est une chose différente. Quand il s'agit d'une modification apportée à une convention constatée par un acte, la partie qui la stipule doit naturellement en tirer une preuve par écrit; mais lorsque c'est une simple remise gratuite faite depuis l'acte, cette partie ne pourrait en demander une preuve écrite à son créancier sans craindre de le blesser, et sans craindre par cela même qu'il ne s'y refusât. La remise peut d'ailleurs avoir été faite dans des circonstances où celui-ci ne pouvait alors en faire mention sur le titre, parce qu'il ne l'avait pas en ce moment entre ses mains, ni donner une décharge par acte; et s'il la nie ensuite, ou si, étant venu à mourir, ses héritiers ne veulent pas la reconnaître, il nous semble qu'elle doit pouvoir être prouvée par témoins jusqu'à concurrence de 150 francs. Au surplus, indé-

pendamment de la faculté de faire interroger le créancier sur faits et articles, le débiteur pourrait incontestablement lui déférer le serment sur le fait de la remise, et à ses héritiers, sur le point de savoir s'ils n'en ont pas connaissance.

336. Un débiteur ne serait point admis à prouver par témoins qu'il lui a été accordé, par la convention, un terme qui n'a pas été mentionné dans l'acte, ou qu'il lui en a été accordé un plus long que celui qui s'y trouve mentionné.

Aucune des parties ne serait reçue à prouver de cette manière qu'on est convenu d'un certain lieu pour le paiement, si l'acte n'en disait rien. On resterait à cet égard soumis aux règles générales établies par l'art. 1247.

Ce serait aussi vouloir prouver *outre* le contenu à l'acte, si celui qui a donné un domaine à ferme ou à culture à moitié fruits demandait à prouver par témoins que le fermier ou le colon partiaire ou métayer, s'est obligé de lui livrer chaque année du bail une certaine prestation dont il n'a pas été fait mention dans le bail : comme vingt livres de beurre, douze chapons, etc. Et il en serait ainsi quand même ces objets seraient mentionnés en marge ou à la suite du bail authentique, de la main même du notaire, si la mention n'était point apostillée aussi par le fermier ou colon partiaire ; car cette mention ne serait point censée faire partie de l'acte : elle serait présumée avoir été mise après

coup. C'était l'avis de Danty sur Boiceau, et de Pothier.

Mais si elle se trouvait sur le double du preneur, dans le cas où le bail aurait été fait par acte sous seing-privé, elle ferait preuve contre lui lors même qu'elle ne serait pas de sa main, et qu'elle ne se trouverait pas répétée sur le double du bailleur; car il ne l'y aurait pas mise ou laissé mettre, si la chose n'avait été convenue : sauf, dans le cas où elle ne serait pas de sa main, la preuve de la surprise ou de la fraude de la part du bailleur, dans l'hypothèse où ce double, à raison de quelque circonstance particulière, aurait été en sa possession.

337. La preuve testimoniale étant interdite contre et outre le contenu à l'acte, il résulte de là qu'une partie ne serait pas même recevable à faire entendre le notaire qui l'a reçu, ni les témoins qui ont assisté à sa réception, soit pour déposer de telle ou telle convention que, par quelque raison particulière, l'on n'aurait pas jugé à propos, suivant elle, d'insérer dans l'acte, soit pour expliquer le sens convenu des clauses qui s'y trouvent renfermées. Domat, part. 1, liv. III, tit. VI, sect. 2, n° 7, et Pothier le décident ainsi. C'est aux juges à interpréter les clauses obscures ou douteuses des actes, d'après les règles que la loi leur trace à cet effet, et que nous avons expliquées précédemment, au tome X.

338. La prohibition de la preuve par témoins

contre et outre le contenu aux actes, ne s'applique qu'aux personnes qui y ont été parties, et à leurs héritiers ou ayant-cause, parce qu'elles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui s'y trouve écrit et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis quelque chose qui devait y être compris; mais cette prohibition ne peut concerner les tiers, en fraude des droits desquels on aurait inséré, dans les actes, des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé; car il n'a pas dépendu d'eux d'avoir une preuve écrite de la vérité des faits.

C'est pourquoi si, dans un acte de cession des droits d'un héritier à un non successible, les parties avaient déclaré un prix excédant le prix réel, dans la vue d'empêcher qu'un cohéritier n'usât de la faculté d'exclure du partage le cessionnaire, par le remboursement du prix de la cession, conformément à l'art. 841, rien n'empêcherait ce cohéritier de prouver par témoins que le prix est seulement de telle somme, et non de celle portée à l'acte. Il en serait de même dans le cas prévu à l'art. 1699. C'était aussi l'avis de Pothier pour tous les cas de retrait.

339. La règle que la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, reçoit une exception par l'art. 1347, pour le cas où il y a un commencement

de preuve par écrit; car cet article porte que « *les « règles ci-dessus* reçoivent exception lorsqu'il « existe un commencement de preuve par écrit; » or, celle dont il s'agit est une de ces règles, c'est même la première après celle qui prescrit la nécessité des actes pour toutes choses excédant la valeur de 150 francs; elle se trouve donc comprise dans cette exception: la conséquence est irrécusable (1).

Cependant, si le commencement de preuve par écrit se référait à une époque antérieure à celle où l'acte a été passé, ou à la même date, il serait à croire que les parties n'y ont eu aucun égard, et il ne devrait généralement pas servir à faire admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu à l'acte, ni pour prouver, par cette voie, ce qui aurait été dit avant l'acte ou lors de l'acte, sans préjudice du cas où cet acte serait attaqué pour fausse cause, ou pour erreur ou dol.

§ III.

Exceptions aux règles ci-dessus.

SOMMAIRE.

340. *La règle générale que la preuve par témoins n'est pas admissible pour une valeur excédant* 150 *francs reçoit exception en matière de commerce.*

341. *Comment doit être entendu, à cet égard, l'art.* 109 *du Code de commerce.*

342. *Elle reçoit exception aussi lorsqu'il existe un commence-*

(1) C'est ce que nous avons déja dit au tome X, n° 357.

ment de preuve par écrit, et ce qu'on entend par commencement de preuve par écrit.

343. *Actes qui peuvent aussi servir de commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils ne soient pas de la main de celui à qui on les oppose, ni de celle de son auteur.*

344. *Le juge, en général, a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si un acte rend vraisemblable le fait allégué, et, en conséquence, s'il doit ou non l'admettre comme commencement de preuve par écrit.*

345. *Exemple d'un acte propre à servir de commencement de preuve par écrit.*

346. *Autre exemple.*

347. *Autre exemple.*

348. *Le billet souscrit par un mineur n'est point un commencement par écrit du bon emploi des deniers.*

349. *Cas où l'on a jugé qu'il y avait commencement de preuve par écrit et où cela pourrait être douteux en général.*

350. *Une quittance non signée, écrite de la main du créancier, et qui se trouve en la possession du débiteur, forme généralement un commencement de preuve par écrit.*

351. *Un acte émané d'un tiers ne peut, hormis les cas exprimés par la loi, servir de commencement de preuve par écrit.*

352. *L'acte authentique nul même comme écriture privée ne peut servir de commencement de preuve par écrit, même à l'effet de pouvoir faire entendre comme témoins le notaire qui l'a reçu et les témoins instrumentaires.*

353. *Les tribunaux peuvent, selon les circonstances de la cause, voir un commencement de preuve par écrit dans le billet ou la promesse unilatérale non faite suivant le prescrit de l'article* 1326.

354. *Un acte qui n'exprime pas la cause de la dette peut aussi servir de commencement de preuve par écrit.*

355. *Texte de l'art.* 1348, *relatif à divers cas où la preuve par témoins est reçue quoiqu'il s'agisse de plus de* 150 *francs.*

356. *Elle est reçue dans les cas du quasi-contrat de gestion d'affaires ou d'administration d'une chose commune.*

357. *Modification, cependant, pour le cas où l'affaire gérée sans mandat, l'a été au vu du maître, ou que, gérée en son absence, il en avait connaissance et pouvait exiger un acte.*

358. *Celui qui prétend avoir fait un paiement indûment, dont il réclame la restitution, doit le prouver selon les règles ordinaires sur les preuves, quoiqu'il y ait cependant quasi-contrat aussi dans ce cas.*

359. *Les fautes commises dans l'exécution des contrats peuvent généralement se prouver par témoins, quoique l'indemnité réclamée à ce sujet s'élevât à plus de 150 francs.*

360. *Les faits de possession se prouvent aussi par témoins.*

361. *En certains cas, l'état des personnes peut aussi se prouver par témoins.*

362. *Les délits et quasi-délits se prouvent pareillement par témoins.*

363. *Ainsi que les faits de mauvais traitement entre mari et femme, sur lesquels sont fondées les demandes en séparation de corps.*

364. *La preuve testimoniale est admise aussi au delà de 150 francs dans les cas de dépôts nécessaires, ou faits par les voyageurs dans les hôtelleries, le tout selon l'état et la qualité des personnes.*

365. *Suite.*

366. *Il faut, au surplus, que le voyageur dont les effets ont été perdus, volés ou détériorés, n'ait point de faute à se reprocher.*

367. *La preuve testimoniale est admise aussi au delà de 150 francs pour établir les obligations contractées dans des cas d'accidens imprévus, où il n'a pas été possible aux parties de faire un acte.*

368. *Ainsi que dans ceux où la partie a perdu ses titres ou quittances par suite d'un événement imprévu et résultant d'une force majeure.*

369. ***Et dans celui où j'ai perdu ou qu'il m'a été volé un objet mobilier dont j'exerce la revendication dans les trois ans à compter du jour de la perte ou du vol.***

ART. Ier.

Exception en matière de commerce.

340. Une première exception aux règles ci-dessus, est en matière de commerce : « Le tout, dit l'ar-« ticle 1341 lui-même, sans préjudice de ce qui est « prescrit dans les lois relatives au commerce. »

Et l'art. 109 du Code de commerce porte que, « Les achats et les ventes se constatent. . . . par la « preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal « croira devoir l'admettre. »

341. Ce qui ne veut toutefois pas dire que le tribunal pourrait se refuser à admettre la preuve dans les cas où la valeur de l'objet n'excèderait pas 150 fr., mais seulement qu'il pourrait l'admettre ou la rejeter, selon les circonstances, dans ceux où cette valeur excèderait cette somme. Il est clair, en effet, que si les lois sur le commerce modifient le droit civil, c'est par extension de la faculté accordée d'accueillir la preuve par témoins, et non pour restreindre le droit qui appartient à toute partie d'après le droit commun : « sans rien innover « pour ce regard en ce qui s'observe en la justice « des juges et consuls des marchands, » disait l'article 2 du titre 20 de l'ordonnance de 1667, parce que généralement celle de Moulins n'avait pas été

appliquée aux matières commerciales. Or, avant celle-ci, la preuve par témoins, en toute matière, était de droit commun.

Voyez toutefois, quant aux contrats de louage d'un navire, de prêt à la grosse, et d'assurance, ce qui a été dit suprà, nº 305.

ART. II.

Exception lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit.

342. Une seconde exception est celle qui est consacrée par l'art. 1347, ainsi conçu :

« Les règles ci-dessus reçoivent exception lors-
« qu'il existe un commencement de preuve par
« écrit.

« On appelle ainsi tout acte par écrit qui est
« émané de celui contre lequel la demande est for-
« mée, ou de celui qu'il représente, et qui rend
« vraisemblable le fait allégué. »

Ces mots, « de celui contre lequel *la demande* « *est formée*, » doivent toutefois être entendus, non pas de la demande principale, mais de la demande à fins de preuve ; car il est clair que si c'est le défendeur qui veut, par exemple, prouver un paiement par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, l'acte qui le lui fournira devra, au contraire, émaner du demandeur, ou de celui qu'il représente. Il faut que l'acte émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, parce que ce ne peut guère être que par là qu'il rendra vraisemblable le fait allégué. Si c'était d'un tiers ou du deman-

deur qu'il émanât, il ne prouverait rien : ce serait tout au plus, dans le premier cas, le témoignage d'un tiers, et un témoignage rendu sans les garanties exigées par la loi ; et, dans le second cas, ce serait moins encore, attendu qu'une personne ne peut se faire un titre à elle-même.

343. Cependant les articles 1320, 1335 nos 2 et 3, et 1336, nous offrent des exemples d'actes qui peuvent, et même généralement doivent servir de commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils n'émanent évidemment point de celui à qui on les oppose comme tels, ni de son auteur ; mais ce sont des cas d'exception.

344. Et même, outre cette condition, que l'acte, en principe, doit émaner de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, il est laissé à la sagesse du juge de voir si l'acte présenté comme commencement de preuve par écrit réunit les caractères qui doivent le faire admettre comme tel : s'il rend *vraisemblable* le fait allégué ; en sorte que sa décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais généralement elle échapperait à la censure de la Cour de cassation.

Et, ainsi que nous l'avons dit plus haut, no 189, cette Cour l'a même décidé de la sorte, en principe, par son arrêt du 30 avril 1807, pour tout acte invoqué comme tel, ce qui s'appliquerait par conséquent aussi à ceux que la loi, dans telle ou

telle de ses dispositions, déclare *pouvoir* servir de commencement de preuve par écrit.

A cet égard nous modifions la décision que nous avions portée au n° 1403 (tome IV) de notre *Traité des contrats*, où nous disions d'une manière trop générale que, lorsque la loi, par une disposition spéciale, à défini les caractères d'un acte pour qu'il puisse valoir comme commencement de preuve par écrit, il ne dépend pas du juge de le rejeter, sans exposer sa décision à la censure, et nous donnions à ce sujet l'exemple du commencement de preuve par écrit qui peut résulter du concours des circonstances prévues à l'art. 1336. Mais c'était mal à propos que nous disions que la transcription d'un acte sur les registres publics, avec la réunion des deux circonstances ou conditions exprimées à cet article, *fait* un commencement de preuve par écrit; car cet article dit simplement que la transcription, avec ces circonstances réunies, *ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit;* ce qui est bien différent.

Dans les articles 1320 et 1335, n°s 2 et 3, la loi dit aussi que l'acte *ne pourra* servir que de commencement de preuve par écrit, et non pas qu'il *servira* de commencement de preuve par écrit: d'où il paraît résulter que c'est un point laissé à la sagesse du juge, parce qu'en effet les circonstances de la cause peuvent être telles que la pièce ne présente point les caractères qui rendent vraisemblable le fait allégué; et c'est une condition essen-

tielle, c'est même la condition unique en dernière analyse, pour qu'un acte doive être admis comme commencement de preuve : aussi faut-il généralement pour cela qu'il émane de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur.

345. Il est impossible de prévoir tous les cas où un acte peut servir de commencement de preuve, car les circonstances varient à l'infini. Nous nous bornerons à rapporter quelques exemples, d'après Boiceau, Danty son commentateur, et Pothier, en faisant les remarques qui nous paraîtront utiles.

« Vous m'assignez, dit Boiceau, en délaissement d'un fonds dont je suis en possession ; j'excipe que vous me l'avez vendu et que je vous en ai payé le prix. Je n'en ai d'autre preuve qu'un écrit signé de vous, par lequel vous m'avez promis de me le vendre pour un certain prix : cet acte ne prouve pas la vente, et encore moins le paiement du prix; mais, joint à la possession en laquelle je me trouve de l'héritage, il forme un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins de la vente. » (Boiceau, II, 10.)

La promesse de vente vaut en effet vente, et nous avons vu précédemment (nº 147) qu'il peut y avoir valable promesse de vendre ou d'acheter, sans réciprocité, auquel cas il n'est pas nécessaire que l'acte sous seing-privé soit fait en double original. Mais, en admettant qu'on dût considérer celle dont il s'agit ici comme emportant réciprocité,

l'exécution qui y a été donnée par la livraison qui m'a été faite de la possession, couvre, ainsi qu'on l'a vu plus haut (nos 160 et 161), le vice résultant de ce que l'acte aurait été fait simple, ou, ce qui revient généralement au même, le défaut de mention du nombre des originaux qui auraient dû être faits ; en sorte qu'il ne s'agit que de la preuve de la convention, et, comme le dit Boiceau, cet acte, joint à la possession en laquelle je suis de l'héritage, forme un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins de la vente ; car il la rend vraisemblable.

Mais rend-il vraisemblable le paiement du prix, de manière que je puisse m'en servir comme d'un commencement de preuve par écrit pour le prouver aussi par témoins? Boiceau ne s'en explique pas, et nous croyons qu'on doit décider la négative. Le paiement du prix, surtout dans les ventes d'immeubles, est généralement un fait distinct de celui de la vente, un fait que la vente ne suppose point nécessairement, un fait généralement postérieur, qui par conséquent a besoin d'être prouvé lui-même : or, l'acte portant promesse de vendre ne rend point vraisemblable ce paiement ; il n'en exclut pas sans doute la supposition, mais il ne la renferme pas non plus virtuellement, puisqu'il a pu être accordé un terme à l'acheteur.

346. Un second exemple que donne Boiceau est celui-ci : je vous demande 200 livres pour le prix

de certaines marchandises que je vous ai livrées; je n'ai d'autre preuve que votre billet, qui porte : *Je promets de payer à M. un tel la somme de 200 liv., pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.* Ce n'est point une preuve complète de ma créance, puisque le billet ne prouve pas que j'ai livré les marchandises ; mais c'est un commencement de preuve qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale de la livraison. C'est aussi le sentiment de Danty.

347. Voici un troisième cas. Vous m'avez adressé une lettre par laquelle vous me priez de compter à telle personne, par exemple à votre fils, porteur de la présente, une somme de 300 francs ; j'ai omis de retirer un reçu de lui, mais j'ai compté la somme devant témoins, et j'ai conservé la lettre. Assigné en paiement, vous niez me devoir la somme : la lettre ne fait pas, il est vrai, preuve complète que je l'ai comptée, mais elle rend ce fait vraisemblable, et elle doit me faire admettre à la preuve testimoniale.

Si je n'avais pu ou voulu compter la somme à la personne indiquée, et que cette personne se fût adressée à un tiers, la lettre serait pour celui-ci une preuve moins forte qu'elle n'eût été pour moi, si je l'avais gardée ; néanmoins elle rendrait encore vraisemblable le fait allégué par le tiers, et elle devrait en conséquence le faire admettre à la preuve par témoins qu'il a compté la somme (Danty, II, 2, 11).

Si la personne à qui elle a été comptée devait m'en faire raison à son tour, faute par vous, dit Pothier, d'en avoir tiré un reçu, vous ne devriez pas être admis à la preuve testimoniale contre moi, attendu qu'en vous accordant que vous avez compté la somme, vous seriez non recevable à m'en demander le paiement, pour avoir négligé de retirer une preuve écrite qui m'était nécessaire pour pouvoir la répéter. Mais l'on sent que le point de savoir si vous avez dû juger que cette personne devait ensuite me faire compte de la somme, dépendrait des circonstances de l'affaire, notamment des rapports qui existaient entre elle et moi; ce serait une simple question de responsabilité des fautes en matière de mandat, parce qu'en effet il s'agirait d'un véritable mandat.

348. Danty (11, 4, 3) dit : Si j'ai prêté une somme d'argent à un mineur, dont je lui demande ensuite le paiement, prétendant qu'elle a tourné à son profit, le billet que j'ai de lui, quoique régulièrement fait, ne doit pas être un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins qu'il a utilement employé la somme, car ce serait donner facilité aux usuriers de prêter de l'argent aux mineurs et de le répéter, en supposant de faux témoins qui déposeraient de l'emploi.

A cette raison, qui est très bonne, on peut ajouter que le billet ne prouverait que le prêt, du

moins généralement, et non l'emploi des deniers, qui est un fait subséquent; or il ne suffit pas, dans l'espèce, que le prêt soit prouvé : il n'est d'ailleurs pas nié; il faut aussi que le prêteur justifie du bon emploi de la somme qu'il a comptée au mineur, parce que l'argent compté à un mineur est présumé livré *perdituro* (art. 1312); et le billet ne rendant même pas vraisemblable ce bon emploi, il ne peut servir de commencement de preuve par écrit.

349. Le même auteur cite un arrêt, rapporté par Chassanée, qui a jugé qu'un écrit ainsi conçu : *Je vous satisferai sur ce que vous savez*, était un commencement de preuve par écrit suffisant pour faire admettre la preuve par témoins, sur la demande en restitution d'un dépôt d'une somme de 1,000 liv., que le demandeur prétendait avoir fait entre les mains de l'auteur de cet écrit.

L'on ne peut pas dire assurément que l'arrêt a été bien ou mal rendu, car le degré de force d'un écrit présenté comme commencement de preuve est laissé à la sagesse du juge, qui l'apprécie suivant les circonstances de l'affaire, et qui voit, d'après cela, s'il rend *vraisemblable* le fait allégué. D'ailleurs, si le défendeur n'a pu donner aucune explication satisfaisante de la cause de cet écrit, les juges ont dû naturellement être portés à croire qu'il se référait en effet à la chose demandée. Mais ce qu'on doit dire, c'est que si la somme de-

mandée était très considérable, ce qui s'estimerait aussi en raison de l'état des parties et de la fortune du demandeur, le juge ne devrait pas trop facilement avoir égard à un écrit conçu dans des termes aussi vagues, pour admettre la preuve testimoniale, surtout si le défendeur en expliquait avec vraisemblance la cause, comme étant d'une dette qui a été soldée, sans qu'il ait songé à retirer la lettre ou autre pièce dans laquelle se trouveraient ces mots : *Je vous satisferai sur ce que vous savez*, ou comme étant d'une dette qu'il avouerait exister encore, mais d'une valeur bien moins considérable que celle dont on lui demanderait le paiement.

350. A plus forte raison, une quittance écrite de la main du créancier, non signée (1), dont le débiteur se trouve avoir la possession, est-elle un commencement de preuve par écrit du paiement, et doit-elle faire admettre la preuve par témoins. Danty, 11-1-7. Mais il faut pour cela, dit cet auteur, que la dette en l'acquit de laquelle le paiement est fait soit exprimée dans cette quittance; un reçu vague, non signé, ne ferait même pas un commencement de preuve par écrit.

Toutefois, comme on l'a vu plus haut (2), si la quittance, quoique non signée, était écrite sur le journal du créancier, ou au dos, en marge ou à la suite de la promesse, ou bien au dos, en marge ou

(1) Car si elle était signée, elle ferait pleine preuve.

(2) Nos 204 et suiv., et nos 212 et *seq.*

à la suite d'une quittance régulière qui se trouverait en la possession du débiteur, elle ferait même preuve complète.

351. Suivant les principes que nous avons exposés, le commencement de preuve par écrit ne peut, hormis les cas exceptés par la loi, résulter que d'un acte émané de celui à qui on l'oppose comme tel, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ; en sorte que s'il émane d'un tiers, il ne peut avoir plus de force que n'en aurait sa déposition comme témoin ; et il en a même beaucoup moins, puisqu'il n'est pas environné des garanties dont est environnée une déposition, telle que le serment, etc. Or, comme la déposition d'un témoin, dans les cas où la loi n'admet pas la preuve testimoniale, ne justifierait pas l'audition d'autres témoins ; par la même raison un écrit émané d'un tiers ne doit être d'aucune considération pour admettre la déposition soit de ce tiers soit d'autres personnes.

C'est d'après ce principe que Pothier décide que la reconnaissance faite par une veuve, même dans l'inventaire de la communauté, d'une dette de cette communauté, ne peut être opposée aux héritiers du mari comme un commencement de preuve par écrit pour la part qui leur est demandée ; que celle qui est faite par l'un des héritiers ne peut être opposée à ses cohéritiers pour leur part dans la dette, etc., etc. Cependant Vrevin, sur l'art. 54 de

l'ordonnance de Moulins, rapporte un arrêt qui a jugé le contraire dans la première espèce. Mais Pothier fait observer que cet arrêt a été rendu dans un temps où l'on n'était pas encore bien accoutumé à la disposition de l'ordonnance, qui, considérée alors comme contraire au droit commun, semblait ne pouvoir être trop restreinte, du moins suivant l'opinion générale.

352. L'acte authentique nul par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par un défaut de forme, et qui ne vaut pas non plus comme écriture privée, faute d'avoir été signé par toutes les parties, s'il s'agit d'un acte contenant des conventions synallagmatiques, ou par la partie seule obligée, s'il s'agit d'une obligation unilatérale, ne peut servir de commencement de preuve par écrit, même à l'effet d'autoriser l'audition du notaire et des témoins instrumentaires ; car le notaire, dans l'un ou l'autre de ces cas, doit être considéré comme personne privée, la loi ne le considérant comme personne publique, que lorsqu'il est compétent, capable, et qu'il se conforme, en outre, aux formalités dont elle lui a prescrit l'observation. Hors de là, l'acte qu'il a reçu est généralement considéré comme un écrit émané d'un simple particulier, et par conséquent il ne peut servir de commencement de preuve par écrit dès qu'il n'émane point de celui à qui on l'oppose comme tel, ou de son auteur.

S'il contenait simplement une promesse de payer

telle somme, ou une reconnaissance de dette, et qu'il fût signé du débiteur, il ferait pleine preuve, suivant ce qui a été dit plus haut, n° 73.

S'il contenait des conventions synallagmatiques, et qu'il fût seulement signé de l'une des parties, il ne vaudrait seulement pas comme commencement de preuve par écrit, même au profit de l'autre partie, attendu que le signataire ne pourrait s'en servir à ce titre contre le non signataire. Or, l'acte dont il s'agit ne serait réputé qu'acte privé, et, d'après ce que nous avons dit en expliquant l'article 1325 (1), lorsque l'acte sous seing-privé contenant des conventions synallagmatiques n'est pas fait conformément aux dispositions de cet article, il ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit, attendu que la loi veut égalité de position et de moyens de preuve dans ceux qui forment des conventions synallagmatiques, ce qui ne pourrait se dire si l'un d'eux pouvait invoquer un acte propre à faire admettre la preuve testimoniale, tandis que l'autre serait privé de cet avantage.

353. Mais dans le cas d'une promesse unilatérale non faite suivant le vœu de l'article 1326, il en peut être autrement; l'acte, ainsi que nous l'avons dit *suprà*, n° 189, peut, suivant les circonstances de la cause, être admis à titre de commencement

---

(1) Voyez *suprà*, n° 164.

de preuve par écrit. Comme c'est un point que nous avons discuté avec étendue, en citant divers arrêts pour ou contre cette décision, nous nous bornerons ici à la rappeler.

354. Enfin, lorsqu'un acte n'exprime pas la cause de la dette, qu'il ne porte pas non plus la reconnaissance *de devoir*, et que ce n'est point un billet souscrit par un commerçant, la preuve que l'obligation a une cause est bien à la charge du demandeur, selon ce qui a été démontré au tome X, nº 352 et suivans; mais aussi, comme on l'a dit au même endroit, il peut du moins servir de commencement de preuve par écrit, parce qu'il rend vraisemblable le fait allégué.

Art. III.

Lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, ou qu'il a perdu par un cas fortuit celle qu'il avait.

355. Cette exception s'applique, dit l'art. 1348 :

« 1º Aux obligations qui naissent des quasi-con-« trats et des délits ou quasi-délits ;

« 2º Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incen-« die, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par « les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le « tout suivant la qualité des personnes et les cir-« constances du fait;

« 3º Aux obligations contractées en cas d'acci-

« dens imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait
« des actes par écrit;

« 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui
« lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas
« fortuit, imprévu et résultant d'une force ma-
« jeure. »

Analysons chacune de ces dispositions en particulier.

556. *Premier cas :* Je puis prouver par témoins que vous avez géré mes biens en mon absence, que vous avez fait la moisson, la vendange, et en conséquence vous demander la restitution des produits en nature ou en argent; je puis prouver de la même manière que vous avez mal géré, dégradé ou laissé dégrader telle chose par votre faute; et, en sens inverse, vous pourrez prouver par témoins que vous avez fait telle dépense dans votre gestion.

Et cela s'applique aussi au cas où une chose est commune entre deux ou plusieurs personnes, par exemple à raison d'un legs qui leur en a été fait, ou comme faisant partie d'une succession qui leur est échue : si l'une d'elles a perçu des fruits sur cette chose, ou y a commis quelque dégradation; ou bien, *vice versâ*, si elle a fait quelque dépense pour sa conservation ou amélioration, la preuve par témoins de ces faits pourra également être administrée, encore qu'il n'y eût aucun commencement de preuve par écrit. C'est là aussi une sorte

de quasi-contrat, quoique le Code, au titre *des engagemens qui se forment sans convention*, paraisse ne reconnaître que deux sortes de quasi-contrats, celui de la gestion des affaires d'autrui sans mandat, et celui résultant du paiement fait par erreur d'une chose qui n'était pas due (1).

357. Toutefois, comme aujourd'hui, d'après l'article 1372, il y a également quasi-contrat de gestion d'affaire, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore (tandis que dans les anciens principes il y aurait eu mandat, *mandatum tacitum*, dans la première hypothèse), il importe, quant à la preuve testimoniale, de distinguer entre le cas où le propriétaire a connu la gestion et a pu s'y opposer, et le cas contraire : dans le premier, il ne devrait généralement pas être admis à la preuve testimoniale pour une demande au delà de 150 fr., puisqu'il ne pourrait dire *qu'il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve écrite de l'obligation qui a été contractée envers lui*, motif sur lequel est fondée l'exception que nous expliquons maintenant. Et, *vice versâ*, celui qui aurait géré l'affaire, ne pourrait non plus prétendre à la preuve par témoins au delà de cette somme, puisqu'il pouvait retirer une preuve écrite.

Cela serait également applicable aux autres cas qui ont de l'analogie avec le quasi-contrat de ges-

(1) *Voyez* tome X, n° 27; aux Institutes de Justinien, le titre *de obligat. quæ quasi ex contractu*; et Heinneccius, *Elementa juris*, *hoc tit.*

tion d'affaires proprement dite : comme l'administration d'une chose commune.

Les circonstances de l'affaire pourraient au surplus faire modifier ces décisions, mais elles sont vraies en général : il y aura principalement à examiner si la partie qui a connu la gestion lorsqu'elle a été commencée, parce qu'elle en était avertie, était ou non sur les lieux où l'affaire a été faite.

358. De plus, quoique, d'après le Code lui-même, le paiement fait par erreur d'une chose qui n'était pas due soit un quasi-contrat, néanmoins il est clair que celui qui agirait en répétition, sur le fondement qu'il ne devait pas ce qu'il a payé, ne pourrait, sans commencement de preuve par écrit, prouver par témoins qu'il a fait un paiement excédant 150 francs; car, pour avoir payé indûment, il faut avoir payé, et il a dû retirer une quittance. Rien ne lui était plus facile que de se procurer une preuve littérale du fait qu'il allègue.

359. Quant aux fautes commises dans l'exécution des contrats, elles peuvent généralement se prouver par témoins quoique l'indemnité réclamée à ce sujet s'élevât à plus de 150 francs. La plupart du temps ce sont de simples faits dont celui qui en souffre n'a pu avoir une preuve écrite.

Ainsi, par exemple, dans le cas où le vendeur de tel objet allèguerait pour sa libération que la chose a péri par suite d'un accident de force majeure, *putà* par suite d'un incendie, l'acheteur

serait admis à prouver par témoins que l'incendie a été occasionné par la faute ou le fait du vendeur.

Ainsi encore, le preneur d'un cheptel simple doit les soins d'un bon père de famille à la conservation du cheptel (1806) : il n'est tenu du cas fortuit que lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée (1807); et, en cas de contestation, le preneur doit prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur (1808) : or, chacun d'eux peut faire la preuve par témoins.

360. Les faits de possession se prouvent aussi par témoins, soit qu'il s'agisse de simples actions possessoires, soit qu'il s'agisse de prescription de la propriété ou d'une servitude. A plus forte raison les troubles de possession peuvent-ils se prouver de la même manière, puisque généralement ils constituent des quasi-délits, et même très souvent des délits.

361. En certains cas, l'état des personnes peut même se prouver par témoins (art. 320 analysé, et 323). Voyez ce que nous avons dit, à cet égard, au titre *de la paternité et de la filiation*, tome III.

362. Quant aux délits et quasi-délits, notre article est positif : la preuve testimoniale est admise pour les établir, quelle que soit la valeur de la somme demandée à titre de dommages-intérêts, et cela, soit que l'action soit portée devant les tribunaux civils,

soit que le fait ait été déféré aux tribunaux criminels, correctionnels ou de simple police. La loi ne distingue pas, et l'article 3 du Code d'instruction criminelle porte que l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique; qu'elle peut l'être aussi séparément, mais que, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été définitivement prononcé sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

363. Les faits de mauvais traitemens entre mari et femme, sur lesquels sont fondées les demandes en séparation de corps, peuvent donc être prouvés par témoins, puisqu'il n'a pas dépendu de celui qui demande à en justifier, d'en avoir une preuve écrite.

364. Le *deuxième cas* est celui de dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et de dépôts faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.

La première chose à prouver par le demandeur, si elle est contestée par le défendeur, c'est le fait d'incendie, de ruine, de tumulte ou de naufrage; ensuite, que c'est bien dans ces circonstances mêmes que le dépôt a été fait, que les objets réclamés ne pouvaient guère être sauvés autrement; et enfin le dépôt : car, pour pouvoir invoquer une exception au principe posé par la loi, il faut justifier que l'on est dans le cas qu'elle a elle-même prévu pour cette

exception. Et le juge prend aussi en très grande considération la qualité du demandeur, ainsi que toutes les circonstances de la cause. Si, en effet, un homme notoirement connu pour être dans l'indigence ou dans un état voisin de la pauvreté, ou qui avait subi des saisies peu de jours avant l'événement dont il s'agirait, prétendait que, dans l'incendie de sa maison, il a transporté chez son voisin des objets d'une valeur considérable et hors de proportion avec les moyens qu'on lui supposait généralement, il ne devrait pas être écouté dans sa demande à fins de preuve testimoniale. Il serait encore bien moins digne d'être écouté, si, dans un incendie qui a détruit toute une rue, son habitation n'avait été atteinte que l'une des dernières par les flammes, de manière qu'il avait le temps de transporter les objets qu'il réclame chez un de ses parens ou quelque ami dont la demeure n'était point éloignée. Il faut prendre garde que des fripons n'exploitent les incendies ou autres événemens malheureux.

365. On assimile aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, ceux qui sont faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, parce qu'en effet un voyageur est obligé de se fier à l'aubergiste quant aux objets qu'il a avec lui : il ne peut pas s'en séparer.

Mais comme cette raison n'est point applicable à un domicilié, qui aurait fait un dépôt entre les mains de l'aubergiste, ce dépôt serait un dépôt

volontaire, et régi, quant à la preuve, comme les dépôts de cette sorte. Sous le nom de *voyageurs* l'on ne comprend toutefois pas seulement les personnes qui sont en voyage, qui vont d'un lieu à un autre, on comprend aussi les personnes des lieux circonvoisins qui viennent à la ville pour y faire leurs affaires, par exemple, un jour de foire ou de marché, et qui s'en retournent le plus souvent le même jour. Elles sont également obligées de déposer leurs chevaux, leurs manteaux, et quelquefois même des sacs d'argent, pour aller faire plus librement leurs affaires dans la ville, et elles ne peuvent retirer un reçu des objets qu'elles laissent dans l'hôtellerie : ce n'est pas l'usage, et l'hôte ne pourrait suffire à délivrer de pareils reçus.

366. Il faut, au surplus, que le voyageur dont les effets ont été perdus ou volés, ou détériorés, n'ait point de faute à se reprocher. Ainsi, il ne doit pas les laisser dans une cour ou dans une remise, ni dans une salle ouverte à tout le monde ; il doit, au contraire, les remettre dans les mains de ceux qui sont préposés pour les recevoir : son cheval au garçon d'écurie ; son porte-manteau ou sa valise au domestique de service, et s'il ne prend point une chambre, il doit généralement remettre en main propre de l'hôte ou de sa femme, l'argent ou autre chose précieuse qu'il convient de mettre en sûreté. Car celui qui place ses effets au premier endroit venu de l'hôtellerie, sans en prévenir le

maître de la maison ou ses préposés, doit s'imputer son imprudence et son incurie. La Cour de Paris a jugé, le 2 avril 1811 (1), que le logeur n'était pas responsable de la perte alléguée d'effets précieux qui n'avaient été ni vérifiés ni montrés; d'autant mieux que, dans l'espèce, il y avait, dans la chambre assignée au voyageur, une armoire fermant à clé dont il n'avait pas fait usage.

Et quant à la valeur réelle du dépôt prétendu, il est aussi laissé au pouvoir du juge d'en apprécier la vraisemblance, suivant la qualité du demandeur et les circonstances de la cause. On croira difficilement, en effet, qu'un homme, par exemple, qui voyage à pied, vêtu comme le sont les personnes des dernières classes du peuple, a remis à l'hôte des objets d'une grande valeur, lorsqu'il ne justifierait pas qu'il n'est qu'un simple commissionnaire chargé de les porter à telle personne.

Du reste, les aubergistes répondent du fait de leurs domestiques et autres personnes qu'ils emploient, ainsi que du fait de leurs enfans mineurs habitant avec eux.

Et quant aux entrepreneurs de voitures publiques, ils répondent non seulement de ce qu'ils ont déja reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture. (Art. 1783.)

---

(1) Sirey, XIV, 2-100.

Des réglemens particuliers font la loi entre eux et les autres citoyens (art. 1786). Ce n'est pas le moment d'en développer les dispositions.

367. *Troisième cas :* celui d'obligations contractées lors d'accidens imprévus, où l'on a pas pu faire un acte par écrit, indépendamment des dépôts faits en cas d'incendie, ruine, tumulte, inondation ou naufrage, qui se trouvent évidemment compris dans ce même cas.

Ainsi, un individu poursuivi comme prévenu d'un crime, et qui cherche à se soustraire à une ordonnance de prise de corps, emprunte d'une personne, au moment de son départ, une certaine somme excédant 150 francs, devant témoins : si, sur la demande en paiement formée contre lui, lors de son retour, il nie le prêt, ou si, étant venu à mourir, ses héritiers refusent de le reconnaître, la preuve testimoniale pourra être admise.

Pareillement, si, immédiatement après la perte d'une bataille, un officier, partageant ses ressources avec un camarade, un ami, qui doit suivre une autre direction, lui prête une somme de 600 fr., par exemple, ou un cheval, etc., et que l'emprunteur soit venu à périr dans la retraite, en un mot avant d'avoir rendu la chose prêtée, la preuve testimoniale pourra être reçue sur la demande qui sera formée contre ses héritiers, dans le cas où ils se refuseraient à rembourser le prêt, prétendant

n'en avoir point connaissance; car les circonstances dans lesquelles il a eu lieu n'ont pas permis de faire un acte par écrit.

On pourrait facilement multiplier les exemples : ceux-là suffisent ; mais il ne faut pas perdre de vue que l'événement imprévu dans lequel on prétendra que le contrat a eu lieu devra d'abord être prouvé, en cas de contestation, et que le juge, comme en matière de dépôts faits en cas d'incendie, de ruine, tumulte ou naufrage, ou faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, devra prendre en considération la qualité des parties, ainsi que toutes les circonstances du fait; examiner surtout si, à raison de la nature de ces mêmes circonstances, il était ou non possible de faire un acte par écrit. Tel est l'esprit de la loi.

368. Le *quatrième cas* est celui où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, ou le débiteur celui qui lui servait de décharge, par suite d'un événement imprévu résultant d'une force majeure : comme si dans l'incendie ou le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi lesquels étaient des billets de mes débiteurs ou des quittances de mes créanciers : à quelque somme que puisse monter ces billets ou ces quittances, je devrai être admis à faire entendre des témoins qui déposeront les avoir vus entre mes mains avant l'incendie ou le pillage, en avoir lu le contenu, y avoir reconnu la signature de mes débiteurs ou

de mes créanciers, et bien se souvenir de la teneur de ces actes.

369. Par les mêmes motifs, si j'ai perdu un objet mobilier, ou si cet objet m'a été volé, je puis, pour exercer contre un tiers l'action en revendication, qui me compète pendant trois ans dans ces cas (art. 2279), prouver par témoins le fait de la perte ou de vol; mais sous l'obligation exprimée dans l'art. 2280.

§ IV.

De la déposition des témoins, des causes de reproches, et de l'appréciation des dépositions.

SOMMAIRE.

370. *Comment se forme la demande à fins de preuve par témoins dans les affaires ordinaires.*

371. *Ce que doit contenir le jugement qui admet la preuve.*

372. *La preuve contraire est de droit.*

373. *Comment on procède à cet égard dans les affaires sommaires.*

374. *Causes générales pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés.*

375. *Peuvent l'être, pour soupçon de partialité, les parens ou alliés aux degrés déterminés par la loi.*

376. *Et le témoin héritier présomptif ou donataire de l'une des parties, les serviteurs et domestiques, et quelques autres personnes.*

377. *Disposition de l'ordonnance de 1667, relative aux serviteurs et domestiques.*

378. *Qui doit-on comprendre sous les noms de* serviteurs *et* domestiques.

379. *En matière de séparation de corps, les parens et alliés*

et les domestiques des parties ne sont pas reprochables du chef de ces qualités.

380. *L'avocat ou l'avoué de l'une des parties est reprochable dans la cause qu'il défend.*

381. *Il en est de même du tuteur de l'une des parties.*

382 Quid *de l'inimitie entre le témoin et l'une des parties?*

383. *Peut être reproché pour cause de subornation, le témoin qui a bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis le jugement qui a ordonné l'enquête.*

384. *Le témoin auquel la partie a rédigé un projet de déposition par écrit doit pouvoir être reproché.*

385. *Peuvent être reprochés pour defaut de bonne réputation, les condamnés à une peine infamante, ou à une peine correctionnelle pour cause de vol ou d'escroquerie, et le témoin mis en état d'accusation.*

386. *Et pour défaut de raison, les insensés, les imbécilles, les furieux.*

387. *Les individus âgés de moins de quinze ans peuvent être entendus, sauf à avoir à leur déposition tel égard que de raison.*

388. *Les reproches doivent être proposés avant la déposition du témoin reproché, qui est tenu de s'expliquer sur le fait, et ils doivent être circonstanciés.*

389. *Si le fait est contesté, la preuve peut en être ordonnée.*

390. *Le témoin reproché est toutefois entendu dans sa déposition.*

391. *Les témoins sont entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties : formalité qui précède la déposition.*

392. *Si l'enquête est nulle par la faute du juge-commissaire, elle est recommencée, et à ses frais.*

393. *Si elle est nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, elle n'est pas recommencée.*

394. *La nullité d'une ou de plusieurs dépositions n'entraîne point celle de l'enquête.*

395. *Ni le Code civil ni le Code de procédure ne déterminent l'effet que doit avoir la preuve testimoniale sur la décision du juge.*
396. *Le législateur s'est cependant formellement expliqué à ce sujet dans les causes soumises au jury, et par analogie on suit assez généralement la même règle dans les affaires de police correctionnelle.*
397. *Ancienne jurisprudence à cet égard.*
398. *Discussion du point de savoir si le juge peut se déterminer par une seule déposition, et s'il peut n'avoir aucun égard à plusieurs.*
399. *Suite et résolution.*
400. *Chaque fait ou chaque créance, s'il y en a plusieurs, doit être pleinement justifié aux yeux du juge.*
401. *Les frais des dépositions des témoins excédant le nombre de cinq sur le même fait ne sont point passés en taxe.*
402. *La preuve contraire est de droit : conséquence.*
403. *De la collision des témoignages dans l'ancienne jurisprudence, et dans le droit actuel.*

370. Il nous reste à parler de la déposition des témoins, des causes pour lesquelles on peut les reprocher, et de l'appréciation des dépositions.

D'abord, les faits dont une partie demande à faire preuve doivent être articulés (1) succinctement par un simple acte de conclusion, sans écritures ni requêtes.

Ils doivent également, par un simple acte, être déniés ou reconnus dans les trois jours, sinon ils peuvent être tenus pour confessés ou avérés. (Article 252, Cod. de procéd.)

(1) C'est-à-dire présentés non d'une manière générale, mais chacun séparément, *article* par *article*.

Si les faits sont admissibles, et qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle *peut* (1) être ordonnée. (Art. 253 *ibid.*)

Le tribunal peut aussi ordonner d'office la preuve des faits qui lui paraîtraient concluans, si la loi ne le défend pas. (Art. 254 *ibid.*)

371. Le jugement qui ordonne la preuve doit contenir :

1° Les faits à prouver ;

2° La nomination du juge devant qui l'enquête sera faite.

Si les témoins sont trop éloignés, il peut être ordonné que l'enquête sera faite devant un juge commis par un tribunal désigné à cet effet. (Art. 255, *ibid.*)

372. La preuve contraire est de droit : la preuve du demandeur et la preuve contraire doivent être commencées et terminées dans les délais fixés par les articles suivans. (Art. 256 *ibid.*)

373. Telles sont les dispositions principales du Code de procédure pour arriver à l'audition des

---

(1) Un arrêt de rejet, du 9 novembre 1814 (Sirey, XV, part. 1, pag. 1) a jugé que c'était là une disposition facultative au tribunal, s'il a, par l'instruction du procès, des documens suffisans pour fixer son opinion ; et en conséquence qu'il peut se refuser à autoriser la preuve testimoniale dans ce cas, quoique les faits fussent admissibles, pertinens, concluans, et que la loi n'en défendît pas la preuve. On s'est fondé sur ces mots : *elle* (la preuve) *pourra être ordonnée.* Cependant il faut prendre garde que ce refus ne dégénère, en quelque sorte, en un déni de justice.

témoins dans les matières non sommaires ou ordinaires.

Il est dressé procès-verbal des enquêtes. (Article 259.)

Au contraire, dans les matières sommaires, le jugement qui ordonne l'enquête contient bien aussi les faits à prouver, mais sans qu'il soit besoin de les articuler préalablement; il fixe les jour et heure où les témoins seront entendus à l'audience (article 407 *ibid*), et lorsque le jugement au fond n'est pas susceptible d'appel, il n'est point dressé de procès-verbal; il est seulement fait mention, dans le jugement, des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions. (Art. 410 *ibid.*)

Les articles suivans tracent les autres formalités à observer dans les affaires sommaires.

374. Quant aux causes pour lesquelles les témoins peuvent être reprochés, ce sont les suivantes, et elles sont généralement renfermées dans l'une ou l'autre de ces circonstances : le soupçon de partialité, le soupçon de subornation, le défaut de bonne réputation, et le défaut de raison.

375. Ainsi, peuvent être reprochés pour *soupçon de partialité*, les parens ou alliés de l'une ou de l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; les parens et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfans vivans;

en cas que le conjoint soit décédé, et s'il n'a pas laissé de descendans, peuvent être reprochés les parens et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs (art. 283 *ibid.*) (1).

Le parent ou l'allié de l'une des parties, dans les cas ci-dessus, peut tout aussi bien être reproché par elle que par l'autre : l'art. 11 du titre XXII de l'ordonnance de 1667 portait : « Les parens et alliés des « parties jusqu'aux enfans des cousins issus de ger- « main inclusivement, ne pourront être témoins « en matière civile pour déposer en leur faveur, « *ou contre eux*, et seront leurs dépositions reje- « tées. » Si la parenté et l'alliance produisent généralement l'affection, d'un autre côté on n'a eu malheureusement que trop d'occasions d'observer que les haines nées entre des parens et des alliés sont plus vives et plus profondes qu'entre toutes autres personnes : *sunt apud concordes excitamenta charitatis*, observait M. Pussort au sujet des récusa-

---

(1) Cette règle n'est toutefois pas si absolue qu'elle ne reçoive quelques exceptions ; ainsi, 1° lorsqu'il s'agit de prouver l'âge, le décès ou l'état de quelqu'un, et que les registres sont perdus, alors on doit même faire entendre des parens, parce que ce sont eux qui sont ordinairement appelés aux actes de naissance, de mariage et de décès. *Vide* L. 16, ff. *de probat.* Mornac, sur la loi 7, Cod. *de in integ. restit.*; et Jousse, sur l'art. 11 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667.

Il en est de même lorsqu'il s'agit d'établir une parenté ou une alliance. Thévenot, *sur les ordonnances*, liv. 3, tit. 13, art. 5.

2° Lorsqu'il s'agit de vérifier un fait qui s'est passé dans le secret d'une famille, dont les étrangers n'ont pu avoir que peu de connaissance. Le Prêtre, centurie 3, chap. 119.

tions pour cause de parenté, *inter iratos verò incitamenta odiorum.*

Et nul ne peut même être assigné comme témoin s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé (art. 268 *ibid.*).

376. Peuvent aussi être reprochés pour soupçon de partialité, le témoin héritier présomptif ou donataire de l'une des parties, les serviteurs et domestiques, et celui qui a donné des certificats sur les faits relatifs au procès (art. 283). Le premier, en effet, est lié à la partie par l'intérêt ou la reconnaissance; les seconds sont dans sa dépendance; et le troisième est engagé par amour-propre à soutenir ce qu'il a déja attesté par écrit.

Il ne nous semble toutefois pas que ces personnes soient, comme les parens ou alliés aux degrés déterminés par la loi, reprochables par l'une comme par l'autre partie : le motif n'est pas le même. Celle dont le témoin est héritier présomptif, par exemple, ne peut alléguer aucun soupçon tiré de cette cause contre son impartialité; et il en est de même si le témoin est son donataire. La dépendance du serviteur ou domestique ne peut être favorable qu'au maître, et c'est sur cette raison, et par argument de la loi 6, ff. *de testibus*, qui dit : *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari ut testes fiant* (1), qu'on a fondé le

(1) Nous disons *par argument*, car cette loi s'entendait du té-

droit de reprocher les serviteurs ou domestiques. Enfin la partie qui a obtenu des certificats sur des faits du procès n'a rien à redouter de cette circonstance, sauf à lui, si la déposition du témoin était contraire à l'attestation donnée dans les certificats, à en faire la remarque au juge, pour que la contradiction effacât en tout ou partie l'effet de cette même déposition. Cependant il paraît que Pothier regardait la cause de reproche des témoins serviteurs et domestiques de l'une des parties, comme pouvant aussi être invoquée par l'autre, quoique moins facilement. « Les dépositions des serviteurs « ou des domestiques, dit cet auteur, sont *surtout* « rejetées, lorsqu'ils sont entendus *pour et à la re-* « *quête de leurs maîtres :* on cite à cet égard la loi 6, « ff. *de testib. : Idonei non videntur testes, quibus* « *imperari ut testes fiant.* » Jousse, sur l'art. 14 du titre XXII de l'ordonnance de 1667, admettait fort bien la déposition du domestique ou serviteur contre le maître, et il cite à l'appui de son sentiment celui de Guy-Pape, *quest.* n° 45.

377. Sous l'ordonnance de 1667, on rejetait bien ordinairement la déposition des serviteurs et domestiques de l'une ou de l'autre des parties, mais elle n'a-

---

moignage des fils de famille et des esclaves d'une partie, lesquels étaient sous sa puissance; ce qu'on ne peut dire avec la même exactitude de nos serviteurs et domestiques, qui sont des personnes libres, et qui sont seulement à notre égard dans une certaine dépendance.

vait cependant pas fait défense de l'admettre, ainsi qu'elle l'avait fait à l'égard de celles des parens et des alliés aux degrés spécifiés : elle s'était contentée d'ordonner qu'il serait fait mention, dans la prémisse de chaque déposition, si le témoin était serviteur ou domestique des parties : d'où Pothier concluait qu'elle donnait à entendre par là qu'elle laissait à la prudence du juge d'y avoir égard, s'il le jugeait à propos, et de l'admettre ou de la rejeter, selon les différentes circonstances. C'était aussi l'interprétation de Jousse. Mais le Code de procédure disant que les serviteurs et domestiques *pourront être reprochés*, et ensuite, d'une manière générale, que la déposition du témoin reproché ne sera pas lue, si le reproche est admis (art. 291), c'est-à-dire si la cause en est fondée, il est clair qu'aujourd'hui les juges n'ont plus la faculté que Pothier leur reconnaissait sous l'ordonnance.

378. On appelle *serviteurs,* dit Pothier, des gens que nous avons à nos gages pour nous rendre tous les services que nous leur commandons de nous rendre, quoiqu'ils soient préposés principalement à une certaine espèce de services. On peut être ainsi serviteur sans être domestique ; tels sont un jardinier ou un garde-chasse, qu'un homme domicilié en ville a dans ses terres. Ils ne sont pas proprement ses domestiques, puisqu'ils ne demeurent pas avec lui : aussi n'ont-ils pas son même domicile (art. 109, Cod. civ.); mais ils sont ses serviteurs,

puisqu'il les a à ses gages, et qu'il peut leur commander, lorsqu'il est à sa terre, de lui rendre tous les services auxquels ils peuvent être propres.

En cela, ajoute Pothier, ces personnes diffèrent de ceux avec qui nous avons fait marché pour nous faire un certain ouvrage pour une certaine somme, tels que sont nos vignerons; ceux-ci ne sont pas proprement nos serviteurs, et nous n'avons pas droit de leur commander, ni d'exiger d'eux autre chose que l'ouvrage qu'ils sont obligés de faire. C'est pourquoi, dans l'usage, on reçoit le témoignage des vignerons d'une partie.

Pothier parle ici des vignerons qui travaillent la vigne à la façon, à tant l'arpent ou l'ouvrée; mais ce qu'il dit à leur égard serait également applicable aux vignerons qui cultivent moyennant une portion de fruits, colons partiaires ou métayers, quoique généralement ces individus demeurent dans le domaine; car cette circonstance ne les rend pas *domestiques*, aussi n'ont-ils point le même domicile que le bailleur (art. 109 précité). Ils sont plutôt des *associés* du propriétaire que ses véritables *serviteurs* : ils fournissent leur travail, et lui sa chose; il n'a rien à leur commander qui n'ait rapport à la culture dont ils se sont chargés. Aussi ne pensons-nous pas qu'ils soient reprochables pour cette seule cause.

Quant aux *domestiques*, ce sont les personnes qui demeurent dans la maison où nous habitons, qui mangent notre pain, *quæ sunt domî*, « soit,

« dit Pothier, que ces personnes soient en même « temps nos serviteurs, tels que sont des laquais, « des cochers, cuisiniers, valets de chambre, maî- « tres-d'hôtel, etc. ; soit que ces personnes ne soient « pas proprement des serviteurs, pourvu que nous « ayons néanmoins sur eux quelque autorité ; tels « que sont des apprentis, des clercs de procu- « reurs, etc. »

379. En matière de séparation de corps, les parens des parties, à l'exception de leurs enfans et descendans, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité ; mais le tribunal a tel égard que de raison aux dépositions des parens et des domestiques (art. 251, Cod. civ.). Voyez ce que nous avons dit à ce sujet au tome III, où nous expliquons cette disposition, qui se trouve sous la rubrique *du divorce*, mais qui s'applique évidemment, par les mêmes motifs, au cas de demande en séparation de corps.

380. Le droit romain écartait aussi pour soupçon de partialité, le témoignage de l'avocat ou du procureur de l'une ou de l'autre des parties dans la cause ; L. 25, ff. *de testibus*. Pothier ne l'admettait pas non plus, quoique l'ordonnance de 1667 ne s'en expliquât pas. Mais, dit cet auteur, ce témoignage serait suspect de partialité, s'il était donné en faveur du client, et il serait indécent d'admettre un avocat ou un procureur à déposer contre son client.

381. Il décidait aussi, par les mêmes motifs, qu'un tuteur, qui est partie en cette qualité pour le mineur, ne peut être témoin ni pour ni contre lui; et que des fabriciers, des administrateurs d'hôpitaux et autres personnes semblables, ne peuvent non plus être témoins ni pour ni contre la fabrique, etc.

Le Code de procédure ne dit rien à cet égard, au sujet des reproches contre les témoins, mais il en fait une cause de récusation des juges (art. 378-7°). Aussi la décision de Pothier quant au tuteur ne devrait, selon nous, souffrir aucune difficulté; mais pour les administrateurs d'établissemens publics, nous croyons que la question de savoir si leurs dépositions doivent être admises, dépendrait des circonstances de la cause et de la position actuelle de la personne dont le témoignage serait invoqué pour ou contre l'établissement.

382. L'inimitié entre le témoin et la partie contre laquelle il est appelé à déposer est aussi un juste motif de suspecter son impartialité, et cependant le Code de procédure n'en parle pas non plus comme d'une cause de reproche. La Novelle 90, chap. VII, portait que celui qui a un procès criminel avec quelqu'un ne peut être témoin contre lui. Elle ne décidait pas la même chose à l'égard d'un procès civil. Pothier admettait la disposition de la Novelle, et quant aux procès civils, il disait que les rédacteurs de l'ordonnance ne s'étant point expliqués à cet égard, c'est une preuve qu'ils ont en-

tendu laisser la décision de la question à la sagesse des juges, qui doivent se déterminer d'après les circonstances, l'importance du procès, la qualité du témoin, etc.

Il est évident que si un procès criminel et même un procès civil avec l'une des parties, est un juste motif de soupçonner un juge de partialité, et suffit pour le faire récuser, cela doit également suffire pour autoriser la partie à reprocher un témoin. L'élévation de sentiment généralement reconnue chez les magistrats est même une garantie que l'on ne peut espérer de trouver ordinairement dans des témoins.

Sans doute, *toutes* les causes pour lesquelles on peut récuser les juges ne sont pas nécessairement des causes pour lesquelles on peut aussi reprocher un témoin ; car, ainsi qu'on l'a fort bien observé, on peut remplacer un juge et l'on ne peut remplacer un témoin, et c'est probablement pour ce motif que l'on n'a pas établi une règle générale à cet égard ; mais, en général aussi, lorsque la cause de reproche d'un témoin est d'une nature grave, et une des principales de celles pour lesquelles on peut récuser un juge, l'on doit tenir que le reproche est fondé. Aussi M. Pigeau disait-il « qu'on peut adopter pour « principe, que les causes de récusation contre les « juges, sont causes de reproches contre les té- « moins, toutes les fois qu'il n'y a pas de raison par- « ticulière pour en décider autrement. » Ce serait donc un point laissé à la sagesse du juge.

On admettait anciennement des causes de reproches qui n'étaient point exprimées dans l'ordonnance ; quelques unes des Cours, dans les observations qu'elles ont adressées lors de la rédaction du Code de procédure, demandaient qu'on spécifiât certaines causes de reproches qui seraient péremptoires, lorsqu'elles seraient avouées ou justifiées, et que d'autres fussent laissées à la sagesse du juge. C'est ce que l'on a fait pour les premières, par l'art. 283, et il paraît que c'est ce qu'on a entendu adopter pour les autres, par induction de celles qui ont été admises pour la récusation des juges, mais en laissant, quant à ces dernières, un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux, probablement par le motif donné plus haut, que l'on peut remplacer un juge et non un témoin, qui souvent est essentiel.

En conséquence nous croyons, par argument de l'art. 378 du Code de procédure, que le témoin pourrait être reproché par la partie contre laquelle il serait produit, s'il y avait, ou s'il y avait eu dans les cinq ans qui ont précédé le jugement qui a ordonné l'enquête, procès criminel entre ce témoin, son conjoint, ses parens ou alliés en ligne directe, d'une part, et la partie son conjoint, ses parens et alliés dans la même ligne, d'autre part ; et s'il y avait procès civil entre le témoin, son conjoint, leurs ascendans et descendans ou alliés dans la même ligne, et la partie contre laquelle le témoin serait produit, si ce procès, dans le cas où il aurait été intenté par cette partie, l'avait été avant l'instance

dans laquelle le reproche serait proposé; et si étant terminé, il ne l'avait été que dans les six mois qui aurait précédé le jugement qui a ordonné l'enquête.

A plus forte raison le témoin est-il reprochable s'il y a inimitié capitale entre lui et la partie, ou s'il y a eu de sa part agressions, injures ou menaces, verbalement ou par écrit, dans les six mois précédant le jugement qui a ordonné l'enquête.

383. Peut être reproché pour *soupçon de subornation*, le témoin qui a bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête (art. 283); et par le même motif, celui qui, depuis cette époque, a reçu d'elle des présens (art. 378-8°).

384. C'est aussi, dit Pothier, une forte présomption de subornation, lorsqu'il est prouvé que la partie qui produit le témoin lui a dressé par écrit sa déposition. Un arrêt du 11 août 1696, cité par Jousse, et qui est au tome V du *Journal des Audiences*, l'a ainsi jugé. Nous serions assez de ce sentiment, quoique le Code de procédure ne s'explique pas sur ce cas. Mais il garde le silence sur bien d'autres, où cependant il n'est pas douteux que le témoin qui s'y trouve ne soit reprochable.

385. Peut être reproché pour *défaut de bonne réputation*, le témoin en état d'accusation, celui qui a été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de

vol (art. 283); et l'escroquerie, sous ce rapport, est assimilée au vol.

386. Pour *défaut de raison*, peuvent être reprochés les insensés, les fous, les imbécilles.

387. A l'égard des impubères, l'art. 285 *ibid.*, porte que les individus âgés de moins de quinze ans révolus pourront être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. Celle d'un enfant, dit Pothier, doit être rejetée; mais on peut avoir égard à celles des impubères qui approchent de la puberté, lorsqu'elles sont bien circonstanciées et que le fait sur lequel ils déposent n'est pas au dessus de leur portée. L'art. 285 est conçu dans un sens plus général, en laissant au juge le pouvoir le plus étendu à ce sujet; en sorte qu'il pourrait avoir égard à la déposition d'un individu de dix ans, quoique cet âge n'approche pas de celui de la puberté, comme l'entendait probablement Pothier.

388. Telles sont les principales causes de reproches : ils doivent être proposés par la partie ou par son avoué avant la déposition du témoin, qui est tenu de s'expliquer sur ceux qui sont allégués contre lui; ils doivent être circonstanciés et pertinens, et non en termes vagues et généraux. Les reproches et les explications du témoin doivent être consignés dans le procès-verbal d'enquête. (Article 270.)

389. Si le fait sur lequel le reproche est basé est

contesté, la preuve en est ordonnée. (Art. 289, 290.)

390. Le témoin reproché est toutefois entendu dans sa déposition art. 284), parce qu'il est possible que le reproche soit mal fondé.

Mais si le reproche est admis, la déposition du témoin reproché n'est point lue. (Art. 291.)

391. Les témoins sont entendus séparément, tant en présence qu'en l'absence des parties.

Chaque témoin, avant d'être entendu, doit déclarer ses noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou allié de l'une des parties, à quel degré, s'il est serviteur ou domestique de l'une d'elles; il fait serment de dire la vérité; le tout à peine de nullité. (Art. 262.)

Il ne lui est permis de lire aucun projet écrit. (Art. 271.)

392. Si l'enquête est déclarée nulle par la faute du juge-commissaire, elle doit être recommencée, et à ses frais. (Art. 292.) La partie, en effet, n'a rien à se reprocher.

393. Mais si elle est nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, elle n'est pas recommencée, parce que la partie doit s'imputer d'avoir fait un mauvais choix; sauf à elle à répéter contre eux les frais et même les dommages-intérêts en cas de manifeste négligence; ce qui est laissé à la sagesse du tribunal. (Art. 293.)

394. La nullité d'une ou plusieurs dépositions

n'entraîne point celle de l'enquête (art. 294) : *utile per inutile non vitiatur.*

395. Ni le Code civil ni le Code de procédure ne déterminent le nombre de témoins dont les dépositions valables et concordantes sur un même fait, ou sur une même dette, sont nécessaires pour faire preuve complète, de manière que le juge puisse le tenir comme prouvé ; et ils ne décident point non plus s'il est obligé, sous peine de violer la loi, de conformer sa décision à la déposition uniforme et positive de plusieurs témoins.

Le tribunal d'appel de Grenoble, dans ses observations sur le Code civil, avait posé les questions suivantes : Quelles sont les conditions nécessaires pour que la preuve testimoniale soit complète ? Faudra-t-il plusieurs témoins ? Faudra-t-il avoir recours en cette matière aux dispositions des anciennes ordonnances ?

Mais ces questions sont restées indécises dans le Code, et rien dans la discussion au Conseil d'état sur la matière, ni dans les rapports faits sur le projet de loi, ne fixe la pensée sur le point de savoir si l'on a entendu adopter à cet égard les principes de l'ancienne jurisprudence, ou bien ceux que l'on a admis dans le droit nouveau en matière criminelle.

396. Dans les matières criminelles, en effet, la loi dit expressément aux jurés de se déterminer d'après leur propre conviction, et non d'après tels

ou tels procès-verbaux, tel ou tel nombre de témoins. (Art. 342, Cod. d'inst. crim.)

Les mêmes maximes, par analogie, ont été, en général, adoptées dans les tribunaux correctionnels, quoique la loi ne s'en soit d'ailleurs point expliquée positivement.

397. Anciennement, au contraire, la déposition d'un seul témoin était généralement insuffisante pour faire preuve d'un fait, quelque digne de foi et en quelque dignité que fût d'ailleurs constitué ce témoin : *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat*, disait la loi 9, § 1, Cod. *de testibus*, dont la décision était suivie dans notre jurisprudence (1); sauf que dans les matières civiles, et lorsque la somme était modique, le juge pouvait avoir égard à cette déposition, en la corroborant par le serment, qu'il déférait d'office à la partie, ainsi que le disent Domat et Pothier.

Mais les dépositions de deux témoins parfaitement concordantes entre elles, et non combattues par d'autres d'égale force, faisaient preuve complète; et le juge, même en matière criminelle, devait y conformer sa décision, quelle que pût être d'ailleurs son opinion personnelle.

Sous ce dernier rapport, ce système a été vivement critiqué dans les matières criminelles par de bons esprits, et il a été sagement abrogé. Mais

(1) De là ce brocard de palais : *testis unus, testis nullus.*

le silence des rédacteurs du Code civil ne laisse pas de faire naître des doutes sur l'un et l'autre point dans les matières civiles.

398. La question, au surplus, n'est pas de savoir si la décision du tribunal qui s'est déterminé par la déposition d'un seul témoin, ou qui a rejeté une demande appuyée de la déposition concordante de deux ou plusieurs témoins non reprochés, peut être réformée en appel, s'il y a lieu à l'appel; car cela n'est pas douteux, si les juges supérieurs croient qu'il y a *mal jugé*, s'ils pensent que le tribunal de première instance a trop accordé de confiance à cette déposition unique, ou qu'il n'en a pas accordé assez au témoignage de deux ou plusieurs témoins, qui ont cependant déposé uniformément sur le même fait : elle est de savoir si, dans l'un ou l'autre cas, il y a violation de la loi, et par conséquent recours à cassation.

Mais d'abord, sur le premier cas, où serait la violation, puisque la loi actuelle ne s'explique point sur le nombre de témoins qu'il faut pour faire preuve complète d'un fait, et que les lois antérieures sur cette matière se trouvent abrogées par celle du 30 ventôse an XII? Aussi ne peut-il être question que de l'appel en pareil cas. Seulement on peut dire que les tribunaux ne doivent que difficilement se déterminer par une seule déposition, surtout lorsque la cause est de quelqu'importance, ce qui peut arriver souvent à raison des exceptions assez nombreuses

que souffre la règle que la preuve par témoins n'est pas reçue au delà d'une valeur de 150 francs. Et comme ils peuvent, dans ce cas, regarder la demande ou l'exception comme n'étant pas pleinement justifiée, ni comme totalement dénuée de preuve, ils peuvent par cela même déférer d'office le serment à l'une des parties, et ils doivent, en général, le déférer à celle qui a en sa faveur cette déposition, afin qu'elle complète sa preuve.

Mais sur le second point, il y a plus de difficulté. En effet, un individu prête à un autre une somme de 100 francs, par exemple, devant deux ou trois personnes qui en déposent uniformément, et dont les dépositions ne sont point du tout reprochées : le juge peut-il n'y avoir aucun égard, parce que sa conviction s'y opposerait? et sa décision ne sera-t-elle aucunement susceptible de la censure de la Cour de cassation, si elle est déférée à cette Cour?

Le créancier dira que la loi n'a pu vouloir lui tendre un piége ; qu'après lui avoir promis qu'elle admettrait pour cette somme la preuve testimoniale qu'il ferait, elle n'a pas entendu que le sort de sa demande serait ensuite abandonné à l'arbitraire du juge, qui pourrait la rejeter sur le prétexte que sa conviction est contraire à la déposition des témoins ; que le juge peut d'ailleurs fort bien se tromper ; que la prévention, la passion même, peuvent aussi l'aveugler, peut-être pour humilier les témoins ; qu'il n'y a pas à présumer que ceux-ci aient été corrompus, quand il s'agit d'une somme jusqu'à

concurrence de laquelle la loi a admis, de droit commun, ce genre de preuve, et que le juge ne doit pas substituer ses préjugés contre la partie et les témoins, à la présomption générale de la loi.

Il ajoutera que la loi elle-même appelle *preuve testimoniale* celle qu'il a faite, et que le juge doit conformer sa décision aux preuves régulièrement administrées ; que de même qu'il ne pourrait, quelle que fût d'ailleurs sa conviction, se refuser à juger selon les preuves écrites, tant que les actes ne seraient pas combattus par l'inscription de faux, ou selon les présomptions légales, tant qu'elles ne seraient pas détruites par la preuve contraire, en supposant encore que la loi l'eût réservée ; de même il ne doit pas pouvoir le faire dans le cas de la preuve par témoins, puisque c'est également une preuve aux yeux de la loi ; qu'elle ne lui a pas donné un pouvoir purement discrétionnaire, ainsi qu'elle l'a fait au sujet des présomptions qu'elle a formellement abandonnées à sa prudence et à ses lumières (articles 1353), et ainsi qu'elle l'a fait aussi au sujet des rapports d'experts (art. 323, Cod. de procéd.), parce qu'en effet il n'y avait pas même raison : il peut ordonner un autre rapport, au lieu qu'une partie ne peut faire usage que des preuves qu'elle a en sa puissance.

Il soutiendra que les rédacteurs du Code ayant pour ainsi dire copié mot à mot l'ordonnance de 1667, sur cette matière, tout porte à croire qu'ils ont entendu que la preuve par témoins régu-

lièrement administrée ferait effectivement *preuve* dans les limites tracées a cet égard, c'est-à-dire dans les cas où elle serait admissible; que rien, sans cela, ne pourrait justifier les restrictions apportées à l'admissibilité de cette preuve dans un système où le juge ne serait point lié par elle, ainsi qu'il l'était anciennement; tandis que ces mêmes restrictions sont parfaitement justifiées dans un système où ce genre de preuve oblige le juge à y conformer sa décision.

Que cela est d'autant plus probable, que le tribunal d'appel de Grenoble, dans ses observations sur le projet de loi, avait provoqué l'établissement de règles positives au sujet de la force de la preuve testimoniale, notamment quant au nombre de témoins qui seraient nécessaires pour faire une preuve complète, et cependant que le Code a cru devoir garder le silence à ce sujet, sans que rien, dans la discussion au Conseil d'état et dans les rapports faits au Corps législatif et au Tribunat sur le projet de loi, n'indique que l'on ait entendu s'éloigner de l'ancienne jurisprudence sur ce point; que si l'on eût voulu le faire, on s'en serait expliqué, ainsi qu'on l'a fait relativement aux rapports d'experts; en un mot, que la loi ne dit nulle part que le juge sera un véritable juré en cette matière.

399. Mais, d'un autre côté, l'on dit que si les juges devaient être liés par la déposition des témoins, comme la loi actuelle ne fixe pas le nom-

bre de dépositions nécessaires pour pouvoir faire preuve, il en résulterait qu'une seule pourrait déterminer la décision du tribunal, même dans des cas où il s'agirait d'un intérêt immense, parce qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit, ou parce qu'on se trouverait dans quelqu'autre cas d'exception; et qu'ainsi la fortune d'un citoyen pourrait dépendre de la mauvaise foi d'un témoin corrompu; qu'à la vérité, dans ce cas, il y aurait la ressource de l'appel, mais que cette ressource ne serait pas un préservatif suffisant, puisque le jugement pourrait fort bien être confirmé sur l'appel.

Que, d'ailleurs, il ne peut pas y avoir recours à cassation en cette matière, attendu qu'aucune disposition de la loi actuelle n'ayant fixé le nombre de témoins nécessaires pour faire preuve complète, on ne peut pas dès lors prétendre que la loi a été violée; et parce que, en outre, il faudrait, pour que la Cour de cassation pût casser, qu'elle appréciât elle-même la gravité des dépositions : or, cela n'est point dans ses attributions; elle n'a même pas à sa disposition les élémens d'instruction qu'a le juge de la cause pour pouvoir le faire. Ce n'est pas, en effet, le procès-verbal d'enquête qui pourrait lui faire connaître quelle confiance mérite telle ou telle déposition : cet acte ne pourrait lui apprendre autre chose, si ce n'est que la déposition est régulière, et qu'elle a été en faveur du demandeur en cassation; il ne lui apprendrait point la moralité du témoin, les circonstances dans les-

quelles il a fait sa déposition, ses relations avec la partie, et une foule d'autres choses que le juge de l'affaire a pu savoir, et que cette Cour n'a point elle-même les moyens de connaître ni de vérifier.

On peut ajouter que les raisons, à cet égard, sont les mêmes que dans les matières criminelles, qu'elles sont même plus fortes lorsque la cause, ainsi qu'il peut arriver souvent, est d'un grand intérêt ; car alors la corruption des témoins, leur complaisance coupable pour l'une des parties, sont plus à craindre : d'abord parce que la peine portée contre le faux témoignage y est moins forte, et en second lieu, parce qu'il est moins supposable qu'un témoin, seulement par animosité envers l'accusé, fasse une fausse déposition, au risque de se compromettre lui-même de la manière la plus grave. Et c'est probablement parce qu'il y avait même motif de suivre en matière civile le système adopté à cet égard en matière criminelle, que les rédacteurs du Code civil ont jugé qu'il était superflu de porter des dispositions spéciales et positives à ce sujet, pensant sans doute qu'il y aurait de graves inconvéniens à lier les juges par la détermination d'un nombre de témoins, attendu que telle déposition peut en valoir moralement plusieurs, et que plusieurs peuvent n'en valoir pas une seule.

C'est ce que disait l'empereur Adrien, dans deux de ses rescrits, adressés, l'un au gouverneur de la province de la Cilicie, et l'autre à Valerius Verus, et dont le jurisconsulte Callistrate rapporte les

termes, bien remarquables, dans la loi 3, ff *de testibus.*

Verba epistolæ hæc sunt : TU MAGIS SCIRE POTES QUANTA FIDES HABENDA SIT TESTIBUS : QUI ET CUJUS DIGNITATIS, ET CUJUS ÆSTIMATIONIS SINT, ET QUI SIMPLICITER VISI SINT DICERE, UTRUM EUMDEMQUE MEDIATUM SERMONEM ATTULERINT, AN AD EA, QUÆ INTERROGAVERAS, EX TEMPORE VERISIMILIA RESPONDERINT.

QUÆ ARGUMENTA AD QUEM MODUM PROBANDÆ CUIQUE REI SUFFICIANT, NULLO CERTO MODO DEFINIRI POTEST : SICUT NON SEMPER ITA SÆPE SINE PUBLICIS MONUMENTIS CUJUSQUE REI VERITAS DEPREHENDITUR : ALIAS NUMERUS TESTIUM, ALIAS DIGNITAS ET AUCTORITAS, ALIAS VELUTI CONSENTIENS FAMA CONFIRMAT REI, DE QUA QUÆRITUR, FIDEM. HOC ERGO SOLUM TIBI RESCRIBERE POSSUM SUMMATIM, NON UTIQUE AD UNAM PROBATIONIS SPECIEM COGNITIONEM ALLIGARI DEBERE, SED EX SENTENTIA ANIMI TUI TE ÆSTIMARE OPORTERE, QUID AUT CREDAS, AUT PARUM PROBATUM TIBI OPINARIS.

Voilà la véritable loi de la matière : c'est celle qui a été proclamée formellement par le Code d'instruction criminelle, et qui doit être suivie aussi dans les matières civiles, parce que c'est elle aussi que l'on a entendu suivre. Aussi faut-il regarder la preuve testimoniale moins comme une preuve proprement dite, que comme une présomption laissée à la sagesse du magistrat, dont la décision peut bien, comme dans le cas des présomptions de cette

sorte, être reformée en appel, s'il y a lieu à l'appel, mais non par la voie du recours en cassation.

Et l'on ne peut pas dire pour cela que celui qui a prêté devant témoins une somme n'excédant pas 150 francs sera ainsi trompé dans son attente : il aura en sa faveur le genre de preuve qu'il a voulu avoir, mais avec les effets qui viennent d'être expliqués. Ces effets sont au surplus assez puissans pour mériter quelques autres explications sur les caractères que doivent avoir les dépositions, et sur les règles à suivre par un juge éclairé, dans le cas de collision des témoignages.

400. Si les faits que l'on veut prouver sont différens, ou si les créances sont différentes, il faut que la preuve soit complète sur chaque fait ou sur chaque créance, dans le sens que nous venons d'expliquer; mais il n'est pas besoin que les faits dont déposent plusieurs témoins se soient passés dans le même lieu et dans le même temps, pour que le juge doive ajouter foi aux dépositions : pourvu que ces dispositions coïncident et établissent clairement la créance ou le paiement, cela suffit. Ainsi je fais entendre un témoin qui dépose que je vous ai prêté devant lui, tel jour, en tel lieu, la somme de 150 fr. en telles espèces, qu'il a vu compter, et une autre personne qui déclare vous avoir entendu dire depuis que je vous ai prêté cette somme, avec les circonstances principales qui se trouvent dans la première déposition; de

manière que la seconde se rapporte bien évidemment au même fait que celui qui est contenu dans la première : dans l'ancien droit, ces deux dépositions auraient fait preuve complète, parce qu'elles concordent parfaitement sur le point important, celui du prêt ; et le juge, aujourd'hui, doit aussi y avoir égard, si les témoins, à ses yeux, sont dignes de foi, tout comme si les deux témoins avaient vu le prêt, ou avaient entendu en même temps le débiteur en faire l'aveu.

401. Quoique la déposition concordante de deux témoins doive généralement faire foi complète, surtout si la somme n'est pas considérable, et mieux encore, si les témoins jouissent d'une bonne réputation, puisque, d'après ce qui vient d'être dit, celle d'un seul témoin aujourd'hui pourrait avoir cet effet, néanmoins, comme la partie ne sait pas ce que ses témoins déclareront, elle peut en faire entendre autant qu'elle en a. Mais pour qu'elle n'abuse pas de ce droit, pour faire supporter des frais à son adversaire, la loi met à sa charge ceux des dépositions des témoins excédant le nombre de cinq sur le même fait. (Art. 281, Code de procédure.)

402. Nous avons dit plus haut que la preuve contraire est de droit, c'est-à-dire que le défendeur à la demande à fins de preuve testimoniale n'a pas besoin de demander à être autorisé à faire la sienne, ni par conséquent d'articuler préalable-

ment les faits qu'il se propose de prouver pour combattre les allégations de son adversaire : tellement que lors même que le jugement qui a admis la preuve ne ferait point mention de la faculté de faire la preuve contraire, cette preuve n'en pourrait pas moins avoir lieu, le juge-commissaire ne devrait pas moins la recevoir. Autre chose serait s'il s'agissait d'une demande reconventionnelle, car alors ce ne serait point une preuve contraire à celle faite par l'autre partie, ce serait une preuve directe, une véritable enquête directe, quoiqu'elle eût lieu dans un cas où le demandeur aurait été admis lui-même à établir sa demande par témoins.

403. Si, dans le cas d'une contre-enquête, il n'y a qu'un seul témoin qui ait déposé en faveur du défendeur à la demande à fins de preuve testimoniale, dans notre ancienne jurisprudence on décidait généralement que cette déposition unique n'énervait point la preuve de l'enquête, lors même qu'elle n'aurait eu que deux témoins. Cela tenait à ce qu'une seule déposition était considérée comme ne faisant point preuve. Elle ne contrebalançait pas une des dépositions de l'enquête, autrement elle aurait eu pour résultat de neutraliser l'enquête elle-même, et aurait eu ainsi le même effet que deux dépositions ; ce qui eût été inconséquent.

Mais deux dépositions faisant alors preuve complète, s'il y avait eu dans la contre-preuve deux dépositions concordantes, et opposées à celles de

l'enquête, elles pouvaient neutraliser ces dernières, en quelque nombre qu'elles fussent : seulement les juges pesaient les preuves, eu égard à la qualité des témoins, à leur bonne réputation, à leur nombre, et aux différentes circonstances de la cause, conformément à la loi 3, ff. *de testibus*, précitée.

Quoi qu'il en soit, aujourd'hui une seule déposition pourrait en énerver deux, et même un plus grand nombre, selon ce qui a été dit précédemment; sauf à la partie condamnée, à appeler du jugement, si la matière est susceptible d'appel, et aux juges d'appel, à réformer, si le jugement leur paraît contenir un *mal jugé* sous ce rapport, ou sous quelque autre.

SECTION II.

Des présomptions.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

404. *Ce que sont les présomptions.*
405. *Application par forme d'exemple.*
406. *Étymologie du mot* présomption.
407. *Les présomptions ne sont pas des preuves, mais elles en tiennent ou peuvent tenir lieu.*
408. *Elles sont de deux sortes : celles établies par la loi, celles qui sont abandonnées à la prudence du juge.*
409. *Les premières sont elles-mêmes de deux sortes.*
410. *Texte de l'art. 1352.*
411. *Celui qui a en sa faveur une présomption de la loi est dispensé de toute preuve.*

404. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait certain pour connaître la vérité d'un fait dont on n'a pas la preuve. « Ce sont, dit l'article 1349, des conséquences que « la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un « fait inconnu. »

« Des conséquences, dit Domat, qu'on tire des « causes à leurs effets, ou des effets à leurs causes, « par la liaison qu'il peut y avoir entre les faits « connus et les faits inconnus. »

Ces conséquences sont déduites de ce qui arrive le plus ordinairement dans le cas donné : *Præsumptio dicitur ex eo quod plerùmque fit.*

405. Par exemple, la loi présume qu'une dette a été acquittée par paiement ou remise, lorsque le titre qui la constatait a été volontairement remis au débiteur par le créancier (art. 1282); parce qu'en effet ordinairement le créancier ne remet son titre au débiteur que lorsqu'il a été satisfait sur la dette. Ici le fait *connu*, c'est la remise du titre ; le fait *inconnu*, et que l'on cherche, c'est l'acquittement de la dette, et la loi procédant du connu à l'inconnu, conclut du fait connu qu'elle ne subsiste plus,

qu'elle a été éteinte par paiement ou remise. Et le titre est présumé remis par le créancier au débiteur, et volontairement, jusqu'à preuve du contraire, lorsqu'il se trouve dans la main du débiteur.

406. Selon Alciat, dans son traité *de Præsumptionibus*, le mot *présomption* dérive du verbe *sumere*, et se compose avec la préposition *præ*, c'est-à-dire que la loi ou le magistrat SUMIT *aut habet aliquid pro vero; et id* PRÆ, *id est antequàm aliundè probetur.*

407. Les présomptions ne sont pas des preuves, mais elles *en tiennent lieu* dans les cas prévus par la loi, et elles *peuvent* les remplacer dans ceux où la loi permet aux juges de se décider par leur secours.

408. Sous le rapport de leurs causes et de leurs effets, les présomptions sont de deux sortes : celles qui sont établies par la loi, et celles qui sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat.

Les premières sont celles que la loi elle-même, par une disposition spéciale, a attachées à certains actes ou à certains faits prévus par elle.

Les autres sont celles qui résultent de faits de la cause non spécialement prévus par la loi. Ce sont de simples conjectures, que le magistrat peut tirer des faits et des circonstances de l'affaire qui lui est soumise. Et comme ces faits peuvent varier à l'infini, et que par cela même il était impossible à la loi de les prévoir tous, elle a abandonné l'appré-

ciation des présomptions qui en résultent à la sagesse du juge, en lui prescrivant toutefois de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et en ne lui laissant même le pouvoir de se déterminer par leur secours que dans les cas seulement où elle admet les preuves testimoniales. (Article 1353.)

409. Les présomptions légales sont elles-mêmes de deux sortes quant aux effets qu'elles produisent.

Les unes et les autres ont bien cela de commun, qu'elles dispensent toutes de la preuve celui au profit duquel elles existent; mais les unes admettent la preuve contraire, tandis que les autres ne l'admettent pas.

Et pour les distinguer, les docteurs, du moins pour la plupart, appellent celles-ci présomptions *juris et de jure*, et celles-là présomptions *juris tantùm* (1).

Ces dénominations, de pure doctrine, ne peuvent avoir d'utilité, surtout sous le Code, que pour abréger les explications, et ce n'est que sous ce rapport que nous les emploierons, quand cela nous arrivera.

410. Mais quelles sont les présomptions légales qui admettent la preuve contraire? Quelles sont

(1) Domat n'a point employé ces dénominations. Pothier s'en est servi dans tous ses ouvrages. *Voyez* notamment ses *Pandectes*, au titre *de probat. et præsumpt.*

celles qui ne l'admettent pas? Le Code, dans bien des cas, s'en est expliqué, mais pas dans tous.

L'article 1352, tout en paraissant établir une règle générale à cet égard, ne laisse pas de présenter des doutes et des difficultés. Il porte :

« La présomption légale dispense de toute preuve « celui au profit duquel elle existe.

« Nulle preuve n'est admise contre la présomp- « tion de la loi, lorsque, sur le fondement de cette « présomption, *elle annule certains actes ou dénie « l'action en justice*, à moins qu'elle n'ait réservé la « preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le « serment et l'aveu judiciaires. »

411. La première partie de l'article ne souffre aucune difficulté; il est certain que celui qui a une présomption légale en sa faveur est dispensé de toute preuve quant à la conséquence à tirer du fait sur lequel elle repose; la loi elle-même tire cette conclusion pour lui : seulement il est tenu de démontrer que la présomption elle-même existe, que le fait sur lequel elle est fondée s'est réalisé, et avec les circonstances voulues par la loi, si elle en a exprimé; en un mot, qu'il est bien dans le cas prévu par elle. A cet égard, il n'y a pas à distinguer si, dans le cas donné, la loi a ou non réservé la preuve contraire, cette réserve est relative seulement à l'adversaire, et nous allons voir à quels cas elle s'applique.

412. Mais la seconde partie de l'article ne pré-

sente pas une disposition aussi claire, tant s'en faut. Elle exclut bien en principe toute preuve contraire, mais elle ne s'explique ainsi qu'à l'égard seulement des présomptions *sur le fondement desquelles la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice*, et en second lieu, elle apporte deux limitations à la règle quelle pose à ce sujet :

1° *A moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire ;*

2° *Sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.*

Ainsi, dans les autres cas de présomptions légales, où la loi n'a pas, sur leur fondement, *annulé certains actes ou dénié l'action en justice*, et qui sont assurément bien nombreux, la preuve contraire n'est point interdite par cet article. On doit même dire, *è contrario*, qu'elle est admise en principe, car pourquoi aurait-on rapporté son exclusion aux cas où la loi, sur le fondement de la présomption, *annule certains actes ou dénie l'action en justice*, si l'on avait entendu l'exclure aussi dans tous les cas de présomptions légales où la loi n'aurait pas en même temps réservé cette preuve ? Évidemment cette relation serait fautive au dernier point ; rien ne pourrait l'expliquer ; la disposition de l'article eût dû être ainsi conçue : « Nulle preuve n'est ad-« mise contre la présomption de la loi, à moins que « la loi n'ait réservé la preuve contraire, etc. » Mais l'article est rédigé bien différemment : « Nulle « preuve, dit-il, n'est admise contre la présomp-

« tion de la loi, lorsque, sur le fondement de cette « présomption, *elle annule certains actes ou dénie « l'action en justice*, à moins qu'elle n'ait réservé « la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le « serment et l'aveu judiciaires. » En sorte que c'est à ces cas seulement que se réfère grammaticalement l'exclusion de la preuve contraire, et non aux présomptions légales en général, à celles dont il n'est point ici parlé.

Que sont d'ailleurs les présomptions légales? ce sont de simples conjectures, que la loi, prenant pour guide l'expérience, tire de ce qui a lieu le plus communément dans le cas sur lequel elle statue; mais il est dans la raison que de simples conjectures cèdent à la preuve de la vérité du fait; sauf à la partie qui veut combattre la présomption, à observer les règles sur les diverses sortes de preuves relativement à leur admission ou à leur rejet, suivant les différens cas.

Cette doctrine est si vraie, en général, (car il serait possible qu'elle souffrît quelques limitations dans certains cas) que les actes authentiques eux-mêmes, qui sont assurément légalement présumés vrais, puisqu'ils font foi jusqu'à inscription de faux (art. 1319), peuvent être combattus par cette voie; qu'on peut aussi prouver contre leur contenu par des contre-lettres, des actes postérieurs, par lesquels on y a dérogé, et même par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit. L'article 1352 n'est point susceptible d'extension, parce que

sa disposition est rigoureuse, puisqu'elle donne plus de force à une simple supposition qu'à la preuve de la vérité même ; or, l'exclusion de la preuve contraire à la présomption n'est prononcée par cet article que dans les cas seulement où la loi, sur le fondement de cette présomption, *annule certains actes ou dénie l'action en justice ;* il se tait sur les autres cas de présomptions légales. En sorte qu'on doit tenir, en principe, que cette preuve n'est point interdite dans ces derniers, à moins que la loi ne l'ait elle-même exclue ; par la même raison, que le serment peut être déféré par la partie à laquelle la présomption est opposée, et que cette partie peut faire interroger son adversaire sur le fait *inconnu*, que la loi a déduit du fait *connu* qui sert de base à la présomption. Ce point ne nous paraît susceptible d'aucune difficulté grave, d'après les diverses dispositions du Code sur la matière des *présomptions légales.*

413. Toutefois il n'en est pas de même des deux restrictions apportées par la seconde disposition de l'art. 1352 à la règle qu'il établit, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes ou dénie l'action en justice.*

On peut bien trouver quelque cas où la preuve contraire est réservée par la loi dans des matières où, en général, elle dénie l'action en justice ; mais

on n'en trouverait pas aussi facilement dans des espèces où elle annule un acte.

On peut citer l'art. 312 comme exemple de la première hypothèse. L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari : c'est une présomption légale de la plus grande force. Le mari ne peut désavouer l'enfant : la loi, sur le fondement de la présomption de paternité, *is pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant*, lui dénie l'action en justice à cet égard. Mais elle lui réserve la preuve contraire à la présomption que l'enfant est né de ses œuvres, et, en conséquence, elle lui donne l'action en désaveu, dans le cas où il prouve que, pendant le temps qui s'est écoulé depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Elle lui permet aussi de combattre la présomption par le désaveu de l'enfant dans le cas d'adultère de la femme, si la naissance lui a été cachée (art. 313).

Mais lorsque j'oppose à ma partie adverse une présomption légale, sur le fondement de laquelle je prétends que l'acte qu'elle invoque contre moi est déclaré nul par la loi elle-même, nous ne voyons pas que la loi ait réservé la preuve contraire : si elle l'a fait, c'est assurément bien rarement. Mon adversaire peut bien, sans doute, prétendre que la présomption que j'invoque n'existe pas ; que les faits sur lesquels je la fonde ne sont point tels que je les présente ; mais ce n'est pas là, comme l'a cru mal

à propos M. Toullier, d'après quelques auteurs (1), prouver *contre la présomption*, ce ne peut être le cas de la restriction apportée par notre article à la règle qu'il pose, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, *elle annule certains actes ou dénie l'action en justice;* car c'est là seulement nier *l'existence de la présomption.* Au lieu que, lorsqu'on prouve *contre la présomption*, pour en détruire l'effet, précisément on en reconnaît l'existence.

Cet auteur appelle cela prouver *indirectement* contre la présomption, parce que, quoiqu'on ne l'attaque pas directement, on la fait évanouir indirectement, en prouvant qu'elle n'est pas applicable au cas proposé.

Mais qui ne voit que ce n'est point là prouver ni indirectement ni directement *contre la présomption* elle-même; que c'est seulement prouver contre l'*allégation* d'une présomption bien ou mal à propos invoquée?

Les exemples que M. Toullier veut tirer de art. 181 et 472 du Code, à l'appui de sa doctrine, ne la confirment nullement, selon nous. Il résulte seulement de ces articles, que, dans les cas qui y sont

(1) Notamment Alciat, *tract. de Præsumpt.*, part. II, n°s 11 et 12, qui s'exprime ainsi : *Etsi directa probatio regulariter non admittatur contrà præsumptionem juris et de jure, admittatur indirecta, quia, cùm lex requirat certas qualitates et circumstantias ad hanc præsumptionem constituendam, semper admittantur probationes, quod non sit talis casus, vel non sit aliqua ex requisitis qualitatibus.*

prévus, celui à qui on oppose la présomption peut prouver qu'elle n'a pas lieu dans l'espèce ; mais ce n'est point la combattre, c'est seulement combattre l'invocation d'une présomption que l'on prétend alléguée mal à propos.

Que dit en effet l'article 472 ? que « tout traité « qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur « devenu majeur sera nul, s'il n'a été précédé de la « reddition d'un compte détaillé, et de la remise « des pièces justificatives, le tout constaté par un « récépissé de l'ayant-compte, dix jours au moins « avant ce traité. »

La loi a craint que l'ex-mineur ne fût trompé ; elle *présume* même qu'il l'a été, si le traité n'a pas été fait après dix jours au moins depuis la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé daté aussi de dix jours au moins avant le traité ; et c'est sur le fondement de cette présomption qu'elle annulle tout traité qui n'aurait pas été fait conformément à cette disposition. Mais la présomption ici n'est pas pure et simple ; elle est conditionnelle : *si le traité n'a été précédé*, etc. A la vérité, ce sera au tuteur, si la nullité du traité est demandée, à prouver, et seulement par le récépissé, que tout s'est passé suivant le vœu de la loi ; mais s'il fait cette preuve, il n'y aura jamais eu de présomption à son égard ; et s'il ne la fait pas, la présomption existera et ne pourra être combattue ni indirectement ni directement.

Et même généralement c'est à celui qui invoque une présomption légale, à prouver qu'elle existe ; que le fait sur lequel la loi la fonde est celui prévu par elle ; que ce fait s'est réalisé, et qu'il s'est réalisé avec les circonstances exprimées par la loi pour que cette présomption ait lieu. Il n'y a que bien peu d'exceptions à cette règle, qui est commune à toutes les preuves. Ces exceptions ne se présentent même que dans des cas où, comme celui prévu à l'art. 472, la preuve de l'existence de la présomption serait celle d'une négation. En effet, on ne pouvait raisonnablement assujétir l'ex-mineur, demandeur en nullité du traité, à prouver qu'il n'y a pas eu, avant ce traité, un compte de tutelle rendu par le tuteur, avec la remise des pièces justificatives, puisque cette preuve eût été très difficile dans beaucoup de cas, et même impossible dans plusieurs ; c'eût été surtout l'obliger à prouver une négation pure, que de l'assujétir à justifier qu'il n'avait pas délivré de récépissé à ce sujet. Tandis que le tuteur peut facilement prouver, en produisant ce récépissé, que le traité a eu lieu suivant le vœu de la loi. Mais c'est là un cas d'exception, et il n'en reste pas moins vrai en principe que celui qui invoque une présomption légale doit prouver qu'il est dans le cas prévu par la loi, et par conséquent que le fait sur lequel il la fonde est celui que la loi a prévu, et que ce fait s'est réalisé : d'où il suit que tant que cette preuve n'est pas faite, l'adversaire n'a rien à prouver, et que dès qu'elle est faite, celui-ci

ne peut combattre la présomption par une preuve contraire, dans les cas où, sur le fondement de cette présomption, la loi annule l'acte; à moins, ainsi que le dit notre article, qu'elle n'ait réservé cette preuve. Mais nous le répétons, nous ne voyons pas qu'elle l'ait réservée dans ces mêmes cas; si elle l'a fait, c'est assurément bien rarement.

414. La seconde limitation, *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires*, ne présente pas moins d'obscurité et de doute, appliquée, comme elle l'est par l'article, aux cas où la loi, sur le fondement de la présomption, annule certains actes ou dénie l'action en justice.

Quels sont donc, en effet, ceux de ces cas dans lesquels celui à qui on oppose la nullité d'un acte, ou à qui la loi dénie l'action en justice, pourrait déférer le serment à l'autre partie, et la faire interroger sur les faits de la cause?

Voyons d'abord quelques uns des cas où la loi dénie l'action en justice, ou ne l'accorde qu'en donnant à l'autre partie une exception péremptoire pour en repousser les effets.

Lorsqu'il est intervenu un jugement définitif, passé en force de chose jugée, entre deux personnes, sur tel ou tel objet, il est clair que la partie qui a succombé ne pouvant plus renouveler la contestation, il n'y a plus lieu pour elle à déférer le serment à l'autre partie sur le fait qui a été jugé, ni à la faire interroger sur ce fait dans une nouvelle

instance; car, si elle le pouvait encore, par la même raison elle le pourrait toujours, et les procès n'auraient pas de fin. Ainsi la limitation ne peut s'appliquer à ce cas.

Celui qui demanderait le paiement d'une dette de jeu pour laquelle la loi n'accorde pas d'action, ne pourrait évidemment, non plus, déférer le serment sur le fait de cette dette, puisque, fût-elle avouée, il ne serait pas en droit d'en exiger le paiement. Le tribunal devrait d'office le déclarer purement et simplement non recevable dans sa demande, attendu *qu'il n'avait pas d'action en justice.* (Art. 1965.)

Dans le cas où la prescription ordinaire de trente ans est acquise à un débiteur, on ne peut pas non plus lui déférer le serment, ni le faire interroger sur le fait de savoir si la dette a été éteinte. Ce n'est pas toutefois que, suivant nous, l'on doive dire en principe avec M. Toullier, que *la loi dénie l'action en justice* dans ce cas; car elle la dénie si peu, qu'elle a formellement interdit aux juges de suppléer d'office le moyen de la prescription (art. 2223); elle a seulement donné une exception au défendeur, au moyen de laquelle il *peut rendre l'action inefficace*, en opposant la prescription. Mais comme cette prescription n'est pas fondée uniquement sur la présomption de paiement, qu'elle l'est aussi sur le motif qu'il fallait assurer la tranquillité des familles, prévenir les nombreux procès qui auraient nécessairement eu lieu sans

cela, et qu'ainsi l'on a voulu punir le créancier de sa trop grande négligence à demander ce qui lui était dû, il résulte de la prescription une présomption absolue que la dette est éteinte; sauf à la partie à laquelle cette prescription est opposée, à déférer à l'autre le serment sur le fait de savoir si elle n'a pas été interrompue par la reconnaissance de la dette avant qu'elle fût accomplie, et à la faire interroger sur ce fait; car alors ce serait seulement la question de savoir si la prescription a lieu ou non.

Tandis que lorsqu'elle n'est fondée que sur la supposition que l'obligation a été acquittée, comme dans les cas prévus à l'art. 2275 du Code civil, et à l'art. 189 du Code de commerce, le demandeur peut déférer le serment au défendeur pour qu'il ait à affirmer s'il a payé la dette; et, par la même raison, il peut le faire interroger sur faits et articles. Mais précisément puisque la loi, dans ces cas, réserve spécialement au créancier le droit de déférer le serment au débiteur, on ne peut pas dire avec exactitude qu'elle déniait l'action en justice; et, d'un autre côté, on doit conclure de là que, lorsque c'est la prescription trentenaire qui est opposée, il n'y a pas lieu à déférer le serment à celui qui l'oppose, ni à le faire interroger sur le fait de la dette.

On pourrait encore donner d'autres exemples de cas où il n'y a pas lieu à déférer le serment, parce que la loi dénie l'action en justice, ou, ce qui revient au même dans sa pensée, ne l'accorde qu'en accordant en même temps à l'autre partie une exception

péremptoire, pour en repousser les effets d'une manière absolue; mais nous reviendrons sur ce point en traitant *du Serment*.

415. La limitation résultant de ces mots, *sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires*, ne pouvant donc s'appliquer à ces cas, il n'y a plus que les actes que la loi, sur le fondement d'une présomption, déclare nuls, qui puissent être l'objet de cette limitation; et c'est là principalement qu'est le point de la difficulté que présente la rédaction de la seconde partie de notre article.

Dans les cas, par exemple, de dispositions déclarées nulles par la loi, comme présumées faites à des incapables de recevoir du donateur ou testateur, par le moyen de personnes interposées, le serment peut-il être déféré par le donataire ou légataire à l'héritier du disposant, pour qu'il ait à déclarer s'il n'estime pas en son ame et conscience que c'est bien à lui, et non à l'incapable, que le donnateur ou testateur a voulu donner? Peut-il le faire interroger à cet égard? Il est bien certain qu'il ne peut faire la preuve contraire à la présomption, puisque la loi ne l'a pas réservée dans ce cas; mais ce n'est pas de la preuve contraire qu'il s'agit, c'est seulement du serment et de l'aveu judiciaires.

Si l'on doit décider la question par la négative dans ce cas et autres semblables, où la loi, sur le fondement d'une présomption, annule l'acte sans réserver la preuve contraire, ces expressions, *et*

sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires, n'auront réellement aucun sens, aucune application, puisque, ainsi que nous venons de le démontrer, elles n'en peuvent avoir quant aux cas où *la loi dénie l'action en justice*. Or, dira-t-on, il est impossible d'entendre une loi de manière à ce qu'elle ne produise aucun effet. D'ailleurs le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (art. 1358), encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. (Art. 1360.)

Toutefois, nous ne saurions le penser ainsi : nous croyons que cette limitation ne doit s'appliquer qu'aux cas seulement où la loi n'a point, sur le fondement de sa présomption, prononcé elle-même la nullité de l'acte, ou dénié l'action en justice, et que ce n'est que par une inattention de la part des rédacteurs du Code, qu'elle se rapporte, dans l'article, aux cas contraires.

En effet, dès que la loi, sur le fondement de la présomption, a prononcé *la nullité* d'un acte, et qu'elle n'a point réservé la preuve contraire à la présomption, c'est qu'elle a voulu établir une nullité absolue ; or, une nullité de cette sorte ne peut pas plus être combattue par la délation du serment que par une preuve contraire, d'autant mieux que la délation du serment est elle-même une sorte de preuve, qu'elle tient du moins lieu de preuve.

En vain objecterait-on que la loi n'a déclaré

nulle une donation faite à un individu réputé par elle personne interposée, que parce qu'elle a présumé que cette donation était faite en réalité à un incapable, mais que dès qu'on a la certitude du contraire, par le refus de la partie qui oppose la nullité, de prêter le serment qui lui est déféré, le motif de la loi n'étant plus applicable, la nullité ne doit pas avoir lieu; on répondrait que la loi, en cette matière, ne s'est pas déterminée par ce qui pourrait arriver quelquefois dans le cas qu'elle a prévu, mais bien par ce qui arrive le plus ordinairement; et c'est la raison pour laquelle elle n'a réservé aucune preuve contre sa présomption et contre les effets qu'elle y a attachés.

Nous aurions voulu qu'elle eût réservé cette preuve (1), en en déterminant toutefois les conditions d'une manière sévère, afin que ses dispositions ne pussent être éludées; mais enfin elle ne l'a pas fait......; elle a prononcé la nullité d'une manière absolue; et cependant dans tel ou tel cas, la preuve contraire aurait pu, tout aussi bien que le refus de prêter le serment, démontrer que le donateur a réellement voulu donner au donataire en nom dans l'acte, et non pas à l'incapable.

Et c'est ainsi que la loi a généralement procédé quand, sur le fondement d'une présomption, exprimée ou non dans sa disposition, elle a annulé certains actes. Elle est partie de la règle du droit

---

(1) C'est ce que nous avons déja dit, au tome VIII, n° 268.

romain : *Ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter, et facilè, quàm quæ perrarò eveniunt.* L. 5, ff. *de legibus.*

Casa-Regis, dont les rédacteurs du Code, ainsi que l'observe très bien M. Toullier, semblent avoir consacré la doctrine dans la seconde partie de notre article 1352, dit d'une manière générale que lorsqu'une loi ou un statut local annule quelqu'acte, dans la vue de prévenir les fraudes auxquelles il pourrait donner lieu, l'acte est nul lors même qu'il serait *constant* qu'il a été fait sans fraude, par cela seul qu'il pouvait s'en commettre : *Ubi aliqua lex vel statutum annulans aliquem actum, editum fuit, ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam; quia lex aut statutum providens in genere ad obviendas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantùm in quibus fraus commissa est, sed ad omnes alios extenditur in quibus, licet nulla fraus commissa fuerit, committi poterat. Disc.* 8, nº 12, tom. I, pag. 50, édition de Florence, 1719.

C'est sur la présomption qu'un interdit pour démence ne jouissait pas de sa raison au moment où il a passé des actes, que la loi les annule de plein droit (art. 502); et certainement celui qui a traité avec l'interdit ne serait pas admis à prouver, contre cette présomption, que l'interdit jouissait de sa raison au moment de l'acte, qu'il était dans un invervalle parfaitement lucide. Il ne pourrait pas

davantage déférer le serment sur ce point à l'interdit lui-même, qui demanderait la nullité de l'acte après avoir été relevé de l'interdiction.

Et quoique de nombreux exemples attestent que la maturité de raison a devancé chez des êtres privilégiés l'époque ordinaire où la loi la *présume* complètement formée, l'acte passé par un individu durant sa *minorité légale* ne serait pas moins rescindable pour cause de lésion, encore que l'autre partie alléguât que l'individu avec lequel il a traité ne doit pas être considéré comme un mineur ordinaire, attendu les preuves évidentes qu'il avait déja données de sa rare intelligence, au temps où il a consenti l'acte dont il s'agit. Un Pic de la Mirandole, par exemple, dont les vastes connaissances, l'esprit et la raison furent si précoces, aurait pu demander comme tout autre, et dans les mêmes cas, la rescision ou la nullité de l'acte qu'il eût fait en minorité. Pourquoi cela ? c'est parce que la loi, quand il s'est agi de régler la capacité des personnes, n'a pu procéder que par des dispositions générales, applicables par conséquent à tous les individus qui se trouveraient dans la classe de ceux qu'elle a eus en vue ; elle n'a pu suivre chacun d'eux en particulier.

Dans le cas prévu à l'art. 1597 du Code, le juge ou l'avocat qui s'est rendu cessionnaire d'un droit litigieux offrirait vainement, pour échapper à la nullité prononcée par cet article, de prouver qu'il n'a point accepté la cession dans de mauvais des-

seins, qu'elle ne nuira en rien au débiteur; il lui déférerait aussi en vain le serment sur ce point : la loi prononce la nullité de la manière la plus absolue; et l'on citerait une foule de cas semblables.

Aussi la disposition de l'art. 1358, portant que le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, n'est pas tellement absolue qu'elle ne souffre aucune exception ; elle en souffre au contraire plusieurs, que nous expliquerons quand nous analyserons cet article ; elle ne s'applique pas, notamment, aux cas où, comme dans l'espèce, l'acte étant nul d'après la loi, il ne s'agit point de faire la preuve des dispositions et conventions qu'il renferme; car ne perdons pas de vue que le serment n'a été institué que comme un moyen de preuve.

416. En résumé, 1° celui qui a une présomption légale en sa faveur est dispensé de prouver la conclusion que la loi en tire relativement au fait inconnu, il est seulement tenu de prouver que la présomption existe et qu'elle s'applique à lui ;

2° Lorsque la loi, en établissant une présomption, n'annule point un acte, sur le fondement de cette présomption, et ne dénie pas non plus l'action en justice, la preuve contraire est généralement de droit; elle ne serait écartée qu'autant que la loi l'aurait exclue; sinon elle a lieu soit que la loi l'ait ou non spécialement réservée ; mais elle ne s'administrera que conformément aux règles sur les preuves ;

3° Dans les cas où la loi, sur le fondement d'une présomption, exprimée ou non, dénie l'action en justice, ou donne au défendeur une exception qui la rend absolument inefficace, comme la prescription ordinaire, généralement la preuve contraire à la présomption n'a pas lieu; elle n'a lieu que lorsque la loi l'a réservée; mais alors c'est que la loi ne dénie réellement pas l'action en justice;

4° Dans les cas où la loi annule l'acte sur le fondement de la présomption, on ne voit pas qu'elle ait réservé la preuve contraire; seulement la partie à qui la nullité est opposée peut combattre l'*allégation* de la présomption, en prouvant que ce n'est pas le cas prévu par la loi; et c'est même généralement à celui qui invoque la présomption, à prouver qu'elle existe et qu'elle s'applique à lui : jusqu'à cette preuve, l'autre partie n'a rien a dire;

5° Dans ces mêmes cas, ainsi que dans ceux où la loi dénie l'action en justice, ou ne l'accorde qu'avec une exception péremptoire au profit de l'autre partie, généralement le serment même ne peut être déféré pour combattre la présomption, et écarter ainsi la nullité; et il n'y a pas lieu non plus à l'interrogatoire sur faits et articles : s'il y a des exceptions à cette décision, elles sont rares. La restriction relative au serment et à l'aveu judiciaires n'est guère applicable qu'aux autres cas de présomptions légales; mais elle l'est à ces cas lors même que la loi n'a pas spécialement réservé la preuve contraire; c'est même l'hypothèse que l'on a eue en vue

dans l'article, et que l'on n'a malheureusement pas exprimée clairement, tant s'en faut.

417. Cela posé, voyons maintenant les cas où la présomption légale existe.

Nous traiterons dans un paragraphe particulier de l'autorité de la chose jugée, matière qui exige des développemens étendus.

Et nous parlerons ensuite des présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat.

§ Ier.

Des présomptions établies par la loi.

SOMMAIRE.

418. *Texte de l'art.* 1350.

419. *Actes de donations que la loi regarde comme faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité.*

420. *Actes faits par un débiteur failli, et annulés sur le fondement de la même présomption, mais quelques uns avec certaines restrictions.*

421. *Cessions de droits litigieux présumées faites en vue de nuire ou comme pouvant nuire à la partie sur laquelle elles sont faites.*

422. *La di position de l'art.* 472 *est aussi fondée sur une présomption légale.*

423. *Il en est de même de la prohibition du contrat de vente en général entre époux*

424. *Et de la disposition de l'art.* 2078.

425. *Exemples de quelques cas où la loi fait résulter la propriété de certaines circonstances déterminées.*

426. *Présomptions de propriété résultant de la possession.*

427. *La prescription à l'effet d'acquerir la propriété peut bien être aussi considerée comme fondée sur une présomption.*

418. La présomption légale, avons-nous dit, est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont, porte l'article 1350 :

« 1° Les actes que la loi déclare nuls comme

« présumés faits en fraude de ses dispositions, d'a-
« près leur seule qualité ;

« 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété « ou la libération résulter de certaines circonstances « déterminées ;

« 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée;

« 4° La force que la loi attache à l'aveu de la par-« tie ou à son serment. »

Nous parlerons au paragraphe suivant de l'autorité de la chose jugée ; dans les deux sections ci-après, nous traiterons de l'aveu de la partie et de son serment. Ici nous allons rappeler les principaux cas auxquels s'applique les deux premières dispositions ci-dessus.

419. La loi regarde comme faites en fraude de ses dispositions, les libéralités faites par actes entre-vifs ou par testament, aux père et mère, aux enfans et descendans, ou au conjoint d'une personne incapable de recevoir du donateur ou testateur : en conséquence, elle les déclare nulles (art. 911). Elle *présume* qu'elles ont été faites au profit de l'incapable lui-même, par le moyen de l'une de ces personnes, qu'elle suppose avoir été interposée pour recevoir le don et le lui remettre, ou n'avoir été choisie par le disposant qu'en considération seulement de l'incapable : quoiqu'il pût d'ailleurs très bien se faire, dans tel ou tel cas, que ce fût en réalité à la personne en nom dans l'acte que l'on ait voulu donner. Mais telle est la rigueur de la dispo-

sition de la loi, que, s'étant déterminée par ce qui arrive le plus communément, et non par ce qui peut avoir lieu dans quelques cas extraordinaires, elle a annulé la donation ou le legs, sans réserver la preuve contraire à la présomption sur le fondement de laquelle elle a porté sa décision ; en sorte que cette preuve ne pourrait avoir lieu (art. 1352). Plusieurs personnes se trouvent ainsi atteintes d'une incapacité de recevoir dont la cause réelle n'était peut-être point en elles-mêmes.

L'art. 1100 nous offre une semblable disposition : la donation entre-vifs ou par testament faite par un époux ayant enfans d'un précédent mariage, aux enfans ou à l'un des enfans de l'autre époux issus d'un autre mariage, est réputée faite à personne interposée, ainsi que celles faites par le donateur aux parens dont l'autre époux serait héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

Nous avons analysé ces dispositions au titre des *donations et testamens*, tome VIII, n° 266 et suiv., et tome IX, n° 828 et *seq.*; et nous avons fait remarquer qu'il ne doit y avoir d'annulé que ce que le donateur ou testateur ne pouvait donner à l'incapable ; qu'on doit maintenir le don jusqu'à concurrence de ce qu'il pouvait lui donner ; car, tout ce qu'on peut dire, c'est que la donation est faite à l'incapable lui-même ; c'est même ce qui est légalement présumé : or, *utile per inutile non vitiatur*.

420. Sont pareillement regardés comme faits en fraude des dispositions de la loi, et en conséquence sont déclarés nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers, tous actes translatifs de propriétés immobilières faits par le failli, à titre gratuit, dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite. (Art. 444 du Code de comm.)

Les actes du même genre à titre onéreux sont seulement susceptibles d'être annulés, sur la demande des créanciers, s'ils paraissent aux juges porter des caractères de fraude. (*Ibid.*)

Et tous actes ou engagemens pour faits de commerce, contractés par le débiteur dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, sont *présumés* frauduleux quant au failli ; ils sont nuls lorsqu'*il est prouvé* qu'il y a eu fraude de la part des autres contractans (art. 445 *ibid.*). Ainsi, il n'y a point de présomption à leur égard, il n'y en a qu'à l'égard du failli ; et comme cette présomption est simple, que la loi n'exclut pas la preuve contraire, nul doute que le failli ne pût prouver qu'il n'a point fait les actes ou contracté les engagemens dont il s'agit, en vue de faire fraude à ses créanciers. Toutes sommes payées dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, pour dettes commerciales non échues, sont rapportées (art. 446 *ibid.*), parce qu'elles sont *présumées* payées en fraude des droits de la masse des créanciers, par connivence ou faveur.

Voyez ce qui a été dit au tome X, chap. III, sect. 6, § 3, relativement aux actes ci-dessus.

421. La cession de droits litigieux au profit de l'une des personnes désignées dans l'article 1597, et dans les cas prévus à cet article, est légalement présumée acceptée en vue de nuire ou comme pouvant nuire à la partie sur laquelle le droit est cédé : aussi est-elle nulle. Dans le cas des art. 1699 et 1700, et sous les limitations portées à l'art. 1701, il y a aussi présomption légale que la cession peut nuire à la partie débitrice du droit litigieux, et cette partie peut s'en faire tenir quitte moyennant le remboursement du prix de la cession.

422. C'est aussi, comme nous l'avons dit précédemment, en vue de prévenir les fraudes, que la loi, dans l'art. 472, déclare nul tout traité intervenu entre un mineur devenu majeur, et son tuteur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'ayant-compte, dix jours au moins avant ce traité. Si ces formalités n'ont point été remplies, le traité est présumé fait en fraude du mineur devenu majeur, et en conséquence il est nul, nonobstant toute preuve contraire à la présomption.

423. Les ventes faites entre époux, hors les cas exceptés par l'art. 1595, sont présumées faites en vue de procurer des avantages indirects; et cet

article disant qu'elles ne peuvent avoir lieu que dans ces mêmes cas, il s'ensuit que, hors de là, elles sont nulles. Il y aurait toutefois à examiner si elles ne sont pas au moins valables jusqu'à concurrence de ce dont l'époux qui a procuré l'avantage à l'autre, pouvait disposer à son profit; mais ce n'est point ici le lieu de discuter cette question.

424. L'article 2078 porte que le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf a lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères; toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. Ces dispositions ont pour objet de prévenir les fraudes; elles sont fondées sur la présomption que le débiteur, pressé par ses besoins, consentirait à des clauses qui lui deviendraient funestes, dans l'espoir qu'il pourrait se libérer à l'échéance et retirer son gage, espoir qui serait souvent déçu.

On donnerait encore d'autres exemples de cas où la loi, sur le fondement de sa présomption, annule l'acte, sans réserver non plus la preuve contraire; mais ceux-là suffisent.

425. Quant à ceux dans lesquels *elle déclare la propriété résulter de certaines circonstances déterminées*, on peut donner pour exemple le cas prévu à l'art. 654 du Code civil, suivant lequel il y a marque

de non mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné; et lors encore qu'il n'y a que d'un côté un chaperon ou des filets ou corbeaux de pierre qui y ont été mis en bâtissant le mur. Dans ces cas, le mur est *censé* appartenir exclusivement à celui des voisins du côté duquel sont l'égoût ou les corbeaux ou filets. Le fait connu, dans cette espèce, c'est le plan incliné, l'égoût, les corbeaux ou les filets d'un seul côté; le fait inconnu, c'est la propriété exclusive du mur; et ce fait connu entraîne la conséquence du fait inconnu.

Mais cette présomption, qui fait fléchir celle de mitoyenneté établie dans l'article précédent, peut elle-même être détruite par une preuve contraire résultant de titres qui établiraient la mitoyenneté, ou même la propriété exclusive en faveur de l'autre voisin (1).

Les articles 666 et 670 renferment des présomptions de même nature.

426. La possession légale établit une présomption de propriété, qui, pour les immeubles, ne peut être détruite qu'au pétitoire. Aussi est-elle d'une grande importance, puisqu'elle rejette sur l'adversaire le fardeau de la preuve de propriété. Et celui qui possède est censé posséder pour lui, jusqu'à preuve

(1) *Voyez* tome V, n° 311.

du contraire; comme, en sens inverse, celui qui a commencé à posséder pour autrui est censé avoir continué de posséder au même titre, jusqu'à preuve contraire. (Art. 2230 et 2231.)

La possession des meubles vaut titre, d'après l'art. 2279; ce qui veut dire titre de propriété, et qui exclut la revendication, sauf les cas de perte ou de vol du meuble (art. *ibid.* et 2280), et sauf aussi celui où la possession serait de mauvaise foi (art. 1141). Mais la bonne foi est toujours présumée. (Art. 1116 et 2268.)

427. La prescription à l'effet d'acquérir un immeuble peut bien aussi être considérée comme fondée sur une présomption de propriété résultant de certaines circonstances déterminées. Ces circonstances, dans la prescription de dix ans entre présens et de vingt ans entre absens, sont le juste titre, la bonne foi, qui est toujours supposée jusqu'à preuve du contraire, et la possession pendant le temps déterminé par la loi (art. 2265, 2266 et 2268 combinés); et dans la prescription de trente ans, la seule possession, pourvu qu'elle soit continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire (art. 2229 et 2262 combinés). On peut bien en effet supposer que le maître de la chose l'a abandonnée.

428. Lorsque deux époux sont mariés sous le régime de la communauté, tout immeuble possédé par eux est *réputé* acquêt de communauté, s'il

n'est *prouvé* que l'un d'eux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou de donation (art. 1402), ou qu'il l'a reçu en échange ou acquis en remploi de l'un de ses propres qui a été aliéné. Et cela a lieu soit que la communauté fût réduite aux acquêts, soit qu'elle fût communauté ordinaire, ou légale.

429. Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, *sont présumés* faits par le propriétaire, à ses frais, et *lui appartenir,* si le contraire n'est *prouvé;* et sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise, ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. (Art. 553.)

Et la propriété du sol *emporte* la propriété du dessus et du dessous (art. 552), sauf preuve contraire, comme il vient d'être dit à l'égard d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, et le cas où les divers étages d'une maison appartiennent à plusieurs (art. 664), ainsi que ce qui est relatif aux mines.

430. Les circonstances déterminées qui établissent une présomption de libération, sont la remise volontaire du titre original sous seing-privé par le créancier au débiteur; cette présomption a même le caractère de *preuve*. (Art. 1282.)

La remise volontaire de la grosse du titre fait *présumer* le paiement ou la remise de la dette,

mais sans préjudice de la preuve contraire. (Article 1283.)

Et même dans le premier cas, le créancier peut détruire la présomption, et par suite la preuve de la libération résultant de la possession du titre par le débiteur, en prouvant que cette possession n'est que le résultat d'une fraude ou d'une surprise de la part de ce dernier ou d'un tiers, ou de la perte du titre. Voyez ce qui a été dit à cet égard, au tome précédent, n° 361 et suivans.

431. L'article 1908 contient aussi une présomption de libération ; il porte que la quittance du capital donnée sans réserve des intérêts en fait *présumer* le paiement, et en opère la libération. Toutefois, comme ce n'est là qu'une simple présomption qui n'est point du nombre de celles sur le fondement desquelles la loi annule certains actes, ou dénie l'action en justice, et que l'article n'exclut point la preuve contraire, cette preuve, d'après ce que nous avons dit au paragraphe précédent, pourrait avoir lieu, et le serment pourrait être déféré. La preuve contraire pourrait très bien résulter d'un acte ou d'une lettre, où le débiteur reconnaîtrait qu'il doit encore les intérêts, et que c'est à raison de telle ou telle circonstance qu'il a demandé et que le créancier lui a donné une quittance, sans en faire la réserve.

432. La loi 24, ff. *de probationibus*, établit une présomption de libération tirée du fait qu'un billet

est barré ou biffé ; elle réserve toutefois au créancier la preuve que la dette existe encore, nonobstant cette circonstance : comme serait le cas où il prouverait d'une manière évidente que c'est un tiers qui a barré le billet, ou que c'est par erreur, par méprise qu'il l'a barré lui-même, voulant en barrer un autre qui était acquitté ; ou bien qu'il l'a barré par suite d'une fraude du débiteur, ou parce que celui-ci lui avait annoncé un paiement qu'il n'a pu réaliser. Par exemple, dit Pothier, si le créancier produisait une lettre, par laquelle le débiteur lui écrivait en ces termes : « Je vous renvoie « le billet que vous m'avez envoyé barré, comptant « sur la parole que je vous avais donnée de l'ac- « quitter ; je suis au désespoir de ne pouvoir la « tenir en ce moment, etc., » nul doute qu'une semblable lettre ne détruisît la présomption de l'acquittement de l'effet résultant de ce qu'il se trouve barré.

Le Code ne s'explique point sur cette présomption ; il n'y aurait pas de difficulté, sans doute, à décider que le juge peut se déterminer par son secours dans le cas où la dette n'excèderait pas 150 fr. ; car c'est une présomption de fait très grave de l'acquittement de la dette, quoique le billet n'ait pas été remis au débiteur. Mais ce n'est pas aujourd'hui une présomption légale, puisque le Code ne la consacre pas : or, le juge n'est autorisé à se décider par le secours des présomptions abandonnées à sa sagesse, que dans les cas seulement où

la loi admet les preuves testimoniales. (Art. 1353.)

Et c'est par ce motif, que nous avons décidé, au tome précédent, n° 370, que les circonstances mentionnées dans la loi *Procula*, 26, ff. *de probat. et præsumpt.*, et que l'on regardait anciennement comme constituant une présomption de *droit*, ne constitueraient aujourd'hui qu'une de ces présomptions laissées à la prudence du magistrat, qui ne pourrait par conséquent se décider par son secours que dans les cas seulement où la loi admettrait la preuve par témoins.

Si, en effet, après la mort d'une personne, l'on trouve parmi ses papiers un billet barré, ne doit-on pas supposer qu'elle a entendu faire remise de la dette, plutôt que de supposer qu'elle en a reçu le paiement? car le débiteur qui paie un billet se le fait ordinairement rendre. Or, cette remise, non acceptée par le débiteur, et qui n'a pas eu lieu non plus dans la forme des legs, est-elle efficace? On peut soutenir que non, ainsi que nous l'avons démontré au tome précédent, n° 357 (1), où nous discutons l'opinion de Barbeyrac, qui est pour la validité d'une remise même non acceptée par le débiteur, contre le sentiment de Pothier, qui pensait que l'acceptation est nécessaire lorsque la remise n'est pas faite par acte de dernière volonté.

Au surplus, la question de savoir si de ce que le billet serait barré, il doit être présumé acquitté,

---

(1) Voir aussi tome VIII, n° 392 et suivans.

dépendrait beaucoup des circonstances de la cause; mais nous ne croyons pas que ce soit là une présomption de droit aujourd'hui; ce serait toutefois un de ces cas où le juge peut déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties, parce que ni la demande ni l'exception ne serait pleinement justifiée, ni totalement dénuée de preuve.

433. La loi 3, au Code, *de apochis*, consacrait aussi une présomption de droit de libération, mais sans réserver, comme la loi 24, ff. *de probat. et præsumpt.*, la preuve contraire. Elle décidait que les quittances de trois années consécutives de tributs ou impôts établissaient une présomption du paiement des années précédentes.

Et quoi qu'elle n'eût été portée que pour les tributs ou impôts, sa disposition fut néanmoins étendue. dans notre jurisprudence, aux arrérages de rentes, soit foncières, soit constituées, soit viagères, aux loyers et aux fermages, et autres semblables dettes annuelles : attendu, disait-on, qu'il y a même raison que pour les impôts; qu'il est ordinaire d'exiger le paiement des anciennes dettes échues avant d'exiger celui des nouvelles; qu'ainsi le paiement des nouveaux arrérages, plusieurs fois répété, doit faire présumer celui des anciens, ou leur remise; enfin parce qu'on ne doit pas obliger les débiteurs de ces sortes de dettes, à peine de n'être pas libérés, de garder long-temps, et en très grand

nombre, des quittances, qui peuvent facilement s'égarer (1).

Quelques auteurs pensaient même que la quittance d'une seule année suffit pour faire présumer le paiement de toutes les précédentes; mais Pothier a combattu ce sentiment; et l'on ne peut même regarder aujourd'hui comme présomption de droit du paiement des années antérieures, la représentation des quittances de trois années consécutives; il n'en peut résulter qu'une de ces présomptions abandonnées à la sagesse du magistrat, qui ne pourrait par conséquent servir à la décision de la contestation que dans les cas seulement où la preuve testimoniale serait admissible; sauf au débiteur à opposer la prescription établie par l'art. 2277 pour les arrérages échus depuis cinq ans lors de la demande.

Mais il ne serait pas nécessaire qu'il y eût des quittances de trois années consécutives pour établir une présomption de cette nature; celles de plusieurs termes, celle même du dernier terme, donnée sans aucune réserve, pourrait, suivant les circonstances, fournir au juge une présomption grave, précise et concordante que tout ce qui est échu antérieurement a été payé.

Et si la quittance produite était conçue en termes généraux, *pour loyers ou arrérages échus*, sans indication ni d'une somme ni d'une année ou d'un

(1) Perez, *ad Codicem*, tit *de apochis*; et Pothier, *des obligations*.

terme auxquels elle se rapporterait, elle ferait preuve du paiement de tous les termes échus à l'époque de sa date, parce qu'elle les comprendrait tous implicitement, suivant ce qui a été dit *suprà*, n° 226. Et si elle n'était pas datée, on suivrait les distinctions établies au même endroit.

Au lieu que lorsqu'elle est avec indication d'une année ou d'un terme, ou bien même simplement d'une somme qui formerait les arrérages d'une année ou d'un terme, alors elle s'applique seulement à cette année ou à ce terme; et comme ce n'est que par conjectures que l'on peut dire que les années ou les termes antérieurs ont été acquittés, le juge, qui n'en est pas certain, ne doit se déterminer par le secours de cette présomption que dans les cas seulement où la preuve testimoniale serait admissible, c'est-à-dire dans des cas où généralement la matière du litige est peu importante.

434. La prescription à l'effet de se libérer est aussi fondée sur une présomption de paiement ou de remise de la dette; mais à cet égard il est besoin de distinguer.

Dans les cas où c'est la prescription ordinaire de trente ans qui est opposée, la présomption de la loi, comme nous l'avons dit plus haut, n'admet point de preuve contraire, parce que cette prescription a été établie aussi en vue de punir la négligence du créancier; et il n'y a pas même lieu, pour la partie à qui elle est opposée, à déférer le serment à celui

qui la lui oppose, sur le fait de savoir si la dette a réellement été acquittée ou remise, ni à la faire interroger à cet égard sur faits et articles : la prescription a des effets absolus, si elle est réellement accomplie. Seulement, le serment pourrait être déféré sur le fait de savoir si elle n'a pas été interrompue à telle ou telle époque, par une reconnaissance de la dette, et la partie pourrait également être interrogée sur ce fait, parce qu'il ne s'agirait alors que de savoir si la prescription a lieu ou non, ce qui est un fait susceptible d'être combattu comme un autre. Mais si la prescription s'est effectivement accomplie, la dette est éteinte d'une manière absolue.

Au lieu que s'il s'agit seulement d'une dette du nombre de celles mentionnées dans les articles 2271 et 2272, comme la prescription n'est fondée, dans ces cas, que sur la présomption de paiement, cette présomption peut être détruite par une preuve contraire résultant d'un compte arrêté, d'une cédule ou obligation, ou d'une citation en justice non périmée (art. 2174), et même d'une citation en conciliation suivie dans le mois d'une demande en justice, à compter du jour de la non comparution ou de la non conciliation. (Art. 57, Code de procéd.)

Alors il n'y a plus lieu qu'à la prescription ordinaire de trente ans.

De plus, dans ces mêmes cas, le créancier peut déférer le serment au débiteur sur le fait de savoir si la dette a réellement été payée; et il peut être

déféré aux veuves et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose soit due. (Art. 2275, Cod. civ.)

Le serment peut également être déféré à ceux qui opposent la prescription de cinq ans sur la demande en paiement de lettres de change et de billets à ordre souscrits par des négocians, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce; et il peut l'être aussi à leurs veuves, héritiers et ayant-cause, pour qu'ils aient à déclarer qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû. (Art. 189, Cod. de com.)

Par conséquent, dans ces divers cas, ceux à qui le serment peut être déféré, peuvent être interrogés sur le fait de la dette.

435. La loi a établi des présomptions dans d'autres cas que ceux qui sont exprimés dans l'article 1350 du Code civil; aussi cet article ne donne-t-il que comme exemples ceux qu'il énonce : *tels sont*, dit-il, etc.

436. C'est ainsi que, suivant l'article 1er du Code, la loi *est réputée connue* de tous les citoyens dans le département de la résidence royale, un jour après celui de sa promulgation; et dans chacun des autres départemens, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre la ville où la promulgation a été faite, et le chef-lieu de chaque département.

Le fait connu, c'est celui de la promulgation;

le fait inconnu, c'est celui de savoir si tel ou tel citoyen a eu connaissance de la loi à l'époque où elle est réputée lui avoir été connue, et c'est là une présomption qu'aucun citoyen ne pourrait combattre, en offrant de prouver qu'il n'a pas eu connaissance de la loi promulguée au jour où il était réputé la connaître.

438. Toutefois, si le Bulletin des lois n'avait pu parvenir dans ce délai en telle ou telle localité, à cause d'une invasion, d'une insurrection, ou de mesures sanitaires prises en temps de peste, ou de la destruction des ponts, qui ont été entraînés par des inondations, ce qui a retardé la marche du courrier, la raison ne permettrait pas que les citoyens de cette localité pussent être punis pour avoir contrevenu à une loi qu'ils ont été dans l'impossibilité de connaître.

433. Et comme on l'a dit plus haut, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari : le fait connu, c'est le mariage de la mère avec tel homme ; le fait inconnu, c'est la paternité de cet homme ; mais la loi *présume* que la mère n'a point oublié ses devoirs d'épouse, qui lui commandaient la fidélité conjugale, parce que le crime ne se présume pas : d'où est résultée la *présomption* que l'enfant est né des œuvres du mari. Et cette présomption n'admet la preuve contraire que dans les cas spécifiés par la loi, et qui sont peu nombreux ; hors de là, elle est inattaquable. (Art. 312 et 313.)

439. Les articles 720, 721 et 722 nous offrent aussi des exemples de présomptions légales ; et l'article 784 nous en offre un autre, en disant que la renonciation à une succession ne se *présume pas*.

440. Il en est de même de l'article 1082, suivant lequel la donation qui y est mentionnée, quoique faite au profit des époux seulement, ou de l'un d'eux, *est toujours présumée* faite au profit des enfans à naître du mariage, dans le cas du décès de l'époux donataire avant celui du donateur ; mais cette présomption peut être écartée par une clause contraire dans le contrat de mariage : la loi ne s'y oppose pas.

441 Les bestiaux et ustensiles servant à la culture et à l'exploitation des terres, *sont censés* compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres (art. 1064) ; sauf clause contraire.

442. Toutes ces présomptions ont été expliquées en leur lieu : on peut recourir à ce qui a été dit à cet égard. Nous n'en citerons plus que quelques unes.

443. L'acceptation d'une lettre de change *suppose* la provision ; elle en établit même la *preuve* à l'égard des endosseurs (Art. 117, Cod. de comm.)

444. Les billets souscrits par un commerçant sont *censés* faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comp-

tables de deniers publics, sont censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée. (Art. 638 *ibid.*)

445. Un locataire répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que cet incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine (art. 1733, Cod. civ.). C'est qu'on présume, en quelque sorte, que l'incendie a eu lieu par son fait ou sa négligence, ou par le fait ou la négligence des personnes dont il est responsable : *quia plerùmque incendia culpâ fiunt inhabitantium.* L. 3, § 1, ff. *de officio Præf. vigil.*

Mais cette présomption, si c'en est une, n'est établie qu'en faveur du propriétaire ; en sorte que le voisin dont la maison a été aussi brûlée ne pourrait l'invoquer : il devrait prouver que l'incendie a été causé par le locataire, ou les personnes dont il doit répondre. Il en est de même entre deux propriétaires voisins dont les maisons ont été consumées par un incendie qui a éclaté chez l'un d'eux : l'autre ne pourrait obtenir d'indemnité qu'à la charge de prouver que c'est par le fait ou la faute du voisin que l'incendie a eu lieu (1). La raison de différence se tire de ce qu'entre le propriétaire et locataire, il y a un contrat, qui oblige ce dernier à restituer la chose, ou à justifier du fait qui l'en dispense.

---

(1) *Voyez* tome VII, n° 393, et tome XII, pag. 181.

§ II.

De l'autorité de la chose jugée.

SOMMAIRE.

446. *L'autorité de la chose jugée est fondée sur une présomption légale.*

447. *Ce qu'elle produit en faveur du demandeur qui a obtenu le jugement.*

448. *Et en faveur du défendeur qui l'a lui-même obtenu.*

449. *Effet de la chose jugée dans le droit romain.*

450. *Conditions générales pour que l'autorité de la chose jugée ait lieu à l'égard de celui auquel on oppose le jugement.*

451. *Les jugemens provisoires ne sont pas susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée.*

452. *Ni les jugemens simplement préparatoires, si ce n'est avec le jugement définitif.*

453. Secùs *des jugemens interlocutoires.*

454. *Les jugemens définitifs rendus par défaut n'ont point acquis l'autorité de la chose jugée tant qu'ils sont susceptibles d'opposition.*

455. *Les jugemens définitifs contradictoires en premier ressort, ou qui ont dû être rendus en premier ressort, n'ont l'aurité de la chose jugée que lorsqu'il n'y a plus lieu a l'appel.*

456. *Le droit de former opposition ou appel n'empêche pas l'exécution du jugement, sauf à la partie condamnée à arrêter l'exécution, par l'opposition ou l'appel.*

457. *Le pourvoi en cassation suppose que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée, et il ne suspend point l'exécution en matière civile.*

458. *La requête civile suppose aussi que le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée.*

459. *La tierce opposition est une voie qui a pour objet d'écarter l'effet d'un jugement qui a ordinairement acquis l'auto-*

rité de la chose jugée, et auquel on n'a pas été partie.

460. *L'effet des sentences arbitrales rendues exécutoires est généralement le même.*

461. *Pour que l'exception existe, il faut que la chose demandée soit la même; mais les modifications qu'elle aurai subies n'empêcherait pas qu'elle ne fût la même.*

462. *Celui qui a inutilement demandé une chose ne peut, en général, en demander ensuite une partie : exemple.*

463. *Divers autres exemples.*

464. *Celui qui a demandé d'abord inutilement une partie d'une chose, ne peut plus demander la chose elle-même.*

465. *Celui qui a demandé inutilement une chose, peut en demander ensuite l'usufruit sans craindre l'exception de la chose jugée.*

466. *Suite de la proposition.*

467. *Celui qui a été déclaré mal fondé dans sa demande d'un droit d'usufruit peut encore prétendre qu'il a le droit d'usage.*

468. *Celui qui a succombé au possessoire peut agir au pétitoire;* sed non vice versâ, *si ce n'est pour possession nouvelle.*

469. *Le rejet de la demande d'intérêts n'empêche pas de former demande du capital.*

470. *Le jugement qui a statué sur un fait personnel à quelqu'un n'empêche pas l'action contre son héritier pour un fait semblable, quoique relatif à la même chose.*

471. *Celui qui a demandé toute une hérédité peut, tout en succombant, en obtenir une partie.*

472. *Distinctions du droit romain entre l'action réelle en revendication et les actions personnelles, laquelle n'a guère plus d'importance aujourd'hui.*

473. *La découverte de pièces, même décisives, non retenues par celui qui a obtenu le jugement, ne donne lieu ni à requête civile ni à action nouvelle.*

474. *Mais les quittances ont effet.*

475. *Pour qu'il y ait lieu à l'exception de la chose jugée, il faut*

teur d'immeubles sous condition, et contre un tiers.

510. *Et effet du jugement rendu contre eux, dans le cas où la condition est venue à s'accomplir.*

511. *Effet du jugement rendu en faveur du donataire ou de l'acheteur, ou contre lui, dans le cas où la condition était résolutoire, et que la condition s'est ensuite accomplie.*

512. *Et de celui qui a été rendu pour ou contre l'héritier au sujet des biens légués sous une condition, et pendant que la condition était encore en suspens.*

513. *Le jugement rendu contre le successeur ne peut jamais être opposé à l'auteur: exemple tiré du droit romain.*

514. *Espèce différente, tirée aussi du droit romain.*

515. *Le jugement qui a rejete la demande que j'ai formée contre l'un des héritiers de mon débiteur, ne m'empêche pas d'en former une semblable contre son coheritier; et il n'empêche pas non plus mon cohéritier de demander sa part à cet héritier.*

516. *Le jugement rendu contre un legataire, même sur la validité du testament, ne peut être opposé aux autres légataires.*

517. *Celui qui a été rendu au profit du debiteur sur le fait même de la dette, profite à la caution.*

518. *Mais celui qui a été rendu contre la caution ne nuit pas au débiteur; et si c'est en faveur de la caution qu'il a été rendu, il profite au débiteur, sous certaines distinctions.*

519. *Celui qui a été obtenu par l'un des débiteurs solidaires sur le serment par lui prêté sur le fait même de la dette, ou qui l'a déclarée payée ou prescrite, profite aux autres.*

520. *Celui qui est rendu contre l'un des debiteurs ne nuit pas aux codébiteurs.*

521. *Effet du jugement rendu pour ou contre l'un des créanciers solidaires.*

522. *Effet du jugement obtenu par un créancier hypothécaire troisième en date, contre le premier.*

Observations générales.

446. L'autorité de la chose jugée est fondée sur une présomption légale que la chose décidée par le jugement est vraie.

Le jugement est en effet simplement déclaratif du fait en conséquence duquel il a été rendu. soit qu'il ait prononcé une condamnation, soit qu'il ait donné congé de la demande.

Ce peut bien n'être pas la vérité, car le juge est homme, il peut se tromper ; mais sa décision est réputée par la loi la vérité même : *Res judicata pro veritate accipitur* (1). Ce principe est un des plus solides fondemens de la société civile : autrement tout pourrait être remis sans cesse en question : les procès n'auraient pas de fin, et les familles n'auraient aucune sécurité. Si le juge a pu se tromper, il a pu aussi décider avec sagesse ; et qui pourrait assurer qu'une nouvelle décision rendue

---

(1) Loi 207, ff. *de regul. juris.*

par lui ou par un autre juge, serait meilleure? *Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem; maximè si diversa prononciarentur : parere ergò exceptionem rei judicatæ, frequens est.* L. 6, ff. *de except. rei judic.*

447. L'autorité de la chose jugée produit au profit du demandeur, si le jugement a été prononcé en sa faveur, le droit d'obtenir, par les voies d'exécution tracées par les lois sur la procédure, l'objet qui a fait la matière du procès. C'est ce qu'on appelle l'action *judicati.*

448. Si le jugement est rendu en faveur du défendeur, il en résulte une exception ou fin de non recevoir, *exceptio rei judicatæ*, contre toute nouvelle demande qui serait formée contre lui pour le même objet et la même cause, de la part de son adversaire; et, sous ce rapport. l'autorité de la chose jugée est une manière dont s'éteignent les obligations.

449. Dans les principes du droit romain, le jugement rendu en faveur du demandeur produisait à son profit l'action *judicati;* et celui qui donnait congé au défendeur produisait l'exception *rei judicatæ ;* il ne libérait pas de plein droit le débiteur; l'action qui existait contre lui n'était point éteinte pour cela; il eût pu être actionné de nouveau; mais le jugement lui donnait une exception, *ex-*

ceptio rei judicatæ, par le moyen de laquelle il repoussait toute nouvelle demande formée pour le même objet, en vertu de la même cause, et par la même personne ou son héritier. Mais ces principes sont étrangers à notre droit, et, dans le droit romain lui-même, cela se réduisait en définitive, du moins en général, à des questions de procédure.

450. Pour que l'autorité de la chose jugée ait lieu, il faut le concours des circonstances suivantes :

1° Le jugement ne doit pas être susceptible d'être réformé par une des voies légales ordinaires, et il faut aussi qu'il n'ait pas été réformé par une des voies extraordinaires ;

2° Il faut que la chose qui est l'objet de la nouvelle demande soit la même que celle sur laquelle a statué le jugement ;

3° Que la nouvelle demande soit fondée sur la même cause que la première ;

4° Qu'elle soit entre les mêmes parties, leurs héritiers ou ayant-cause, et formée par elles et contre elles dans les mêmes qualités. (Art. 1351 analysé et combiné avec les dispositions du Code de procédure.)

Expliquons successivement chacune de ces conditions : elles présentent plusieurs difficultés graves, et ce seul article 1351 du Code civil n'est que le résumé d'un grand nombre de décisions dans le droit romain.

1re CONDITION : *Que le jugement opposé ne soit pas susceptible d'être réformé par les voies ordinaires, et qu'il n'ait point été réformé par aucune voie extraordinaire.*

451. Puisqu'il faut que le jugement ne soit pas susceptible d'être réformé par les voies ordinaires, il suit de là qu'un jugement simplement provisoire ne peut jamais être considéré comme ayant acquis l'autorité de la chose jugée. *Voyez* l'arrêt de rejet du 27 février 1811. Sirey, tom. XII, part. 1, pag. 249.

452. A plus forte raison un simple jugement préparatoire, c'est-à-dire qui ordonne simplement un moyen d'instruction qui ne préjuge nullement le fond de la contestation (art. 452, Cod. de procéd.), ne peut non plus acquérir par lui-même l'autorité de la chose jugée : il ne le peut qu'avec le jugement définitif; car non seulement le juge peut l'abolir de son propre mouvement, et ordonner un autre mode d'instruction qui lui paraîtrait plus convenable (1), mais encore l'appel en est recevable avec l'appel du jugement définitif, quoiqu'il eût été exécuté sans protestations ni réserves (art. 451 *ibid.*).

453. Quant aux jugemens interlocutoires, qui sont également des *avant-dire droit*, par lesquels le tribunal ordonne une preuve, une vérification

(1) L. 14, ff. *de re judicatâ.*

ou une instruction, mais qui préjuge le fond (article 452 *ibid.*), ils peuvent fort bien acquérir l'autorité de la chose jugée, si la partie y acquiesce ou n'en appelle pas dans les délais. Et ils diffèrent encore des simples jugemens préparatoires, en ce qu'on peut en appeler avant le jugement définitif (art. 451 *ibid.*), et en ce que, renfermant un droit, un avantage pour la partie qui les a obtenus, le juge ne peut pas toujours les réformer pour prendre une autre voie d'instruction. Par exemple, lorsque le tribunal, sur la demande de l'une des parties, a ordonné une preuve testimoniale, nous croyons qu'il ne peut révoquer sa décision à cet égard. Il en serait autrement si, en conformité de l'art. 254 du Code de procédure, il avait ordonné d'office cette preuve. Nous parlerons plus loin des jugemens interlocutoires *préjudiciels*.

454. Les jugemens définitifs rendus par défaut n'ont point l'autorité de la chose jugée tant qu'ils sont susceptibles d'opposition, qu'ils soient ou non sujets à l'appel, n'importe.

455. Et quant aux jugemens contradictoires légalement rendus en premier ressort seulement, ou que des juges qui ne pouvaient prononcer qu'en premier ressort ont omis de qualifier, ils n'ont acquis force de chose jugée que lorsqu'ils ne sont plus susceptibles d'appel, soit parce que la partie condamnée y a acquiescé, soit parce que le délai

de l'appel est expiré, soit enfin parce qu'ils ont été confirmés sur l'appel.

Nous disons *légalement rendus en premier ressort*, car, quoique les juges eussent qualifié en premier ressort, ou eussent omis de qualifier, un jugement qui devait être rendu en dernier ressort, l'appel n'en serait pas pour cela recevable; comme, *vice versâ*, serait recevable l'appel d'un jugement que les juges ne pouvaient rendre qu'en premier ressort seulement, et qu'ils auraient qualifié en dernier ressort, ou qu'ils auraient omis de qualifier (art. 453 *ibid.*); sauf, en ce qui concerne l'exécution, les dispositions de l'art. 457 *ibid.*

456. Mais de ce qu'un jugement est susceptible d'opposition ou d'appel, et que, pour cette raison, il n'ait point encore acquis l'autorité de la chose jugée, qu'il *ne soit point passé en force de chose jugée*, il ne s'ensuit pas que la partie qui l'a obtenu ne puisse le mettre à exécution; elle le peut après l'expiration des délais fixés par la loi à cet effet (art. 155 et 450); sauf à la partie condamnée à arrêter l'exécution par son opposition (art. 161 et 162), ou par son appel, lequel, en principe, est suspensif (art. 457). Il est même des cas où le juge est autorisé par la loi à prononcer l'exécution nonobstant l'opposition ou l'appel (articles 135, 155 et 457 précités).

Mais ce droit de mettre à exécution ne fait pas que le jugement soit passé en force de chose jugée;

cela ne peut se dire avec exactitude d'un jugement tant qu'il est susceptible d'être réformé par une des voies légales ordinaires, c'est-à-dire par l'opposition ou l'appel, mais bien seulement d'un jugement irréformable par les voies ordinaires.

457. Mais le pourvoi en cassation n'étant point suspensif en matière civile (1), le jugement ou l'arrêt contre lequel il a été formé n'en a pas moins l'autorité de la chose jugée, encore que le pourvoi ait été admis par la section des requêtes; il n'y a que la cassation de l'arrêt qui fasse perdre au jugement cet effet. Aussi le recours en cassation est-il une voie extraordinaire pour attaquer les jugemens.

458. La requête civile en est une autre, et l'on n'attaque par cette voie que les jugemens contradictoires rendus en dernier ressort, ou les arrêts de Cours royales rendus sur l'appel de ces jugemens, ainsi que les jugemens, aussi en dernier ressort, ou arrêts, rendus par défaut, et qui ne sont plus susceptibles d'opposition. Et cette voie n'est ouverte qu'à ceux-là seuls qui ont été parties ou dûment appelés, et seulement pour les causes spécifiées par la loi (art. 480 *ibid.*). Elle n'ôte point non plus au jugement ou à l'arrêt l'autorité de la chose jugée tant qu'il n'est pas rétracté; elle n'en suspend ni l'effet ni l'exécution, et nulles dé-

(1) Sauf ce qui était établi par l'art. 265 du Code pour la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.

fenses de l'exécuter ne peuvent être accordées. Bien mieux, celui qui a été condamné à délaisser un héritage ne peut être reçu à plaider sur la requête civile, qu'en rapportant la preuve de l'exécution du jugement au principal (art. 497); ce qui n'est pas exigé, même dans ce cas, pour l'admission du pourvoi en cassation. La requête civile se porte au même tribunal qui a rendu le jugement attaqué, et il peut y être statué par les mêmes juges (article 490).

459. La tierce opposition est aussi une voie extraordinaire pour se pourvoir contre les jugemens. Elle est ouverte à celui aux droits duquel un jugement préjudicie, et qui n'y a point été partie ni par lui ni par ceux qu'il représente (art. 474). La tierce opposition se forme donc par un *tiers*, et elle suppose généralement que le jugement attaqué par cette voie a été rendu en dernier ressort, ou que, rendu en premier ressort seulement, il se trouve passé en force de chose jugée ; car s'il était encore susceptible d'appel, le tiers pourrait en appeler, puisque, d'après l'art. 466, il serait reçu intervenant sur l'appel ; ce qui serait un véritable appel de sa part. Par la même raison, il pourrait y former opposition simple, si le jugement avait été rendu par défaut et que les délais de l'opposition ne fussent point encore expirés. Les voies ordinaires ne peuvent raisonnablement être refusées à celui à qui la loi en accorde une extraordinaire.

Mais comme l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties dans l'instance, par eux-mêmes ou par leurs auteurs, soit comme parties principales, soit comme parties intervenantes, et qu'ainsi ce n'est qu'à eux que le jugement peut être opposé, il est rare qu'on ait besoin de former tierce opposition à un jugement auquel on est étranger. C'est ce qui sera rendu plus sensible encore par le développement de la matière.

460. Ce que nous venons de dire des jugemens s'applique en général aux sentences arbitrales; mais pour qu'elles produisent leur effet, il faut qu'elles soient rendues exécutoires par une ordonnance du président du tribunal (art. 1021 *ibid.*). Si elles ne sont pas réformées, soit par voie d'appel, soit par voie de requête civile, soit par voie de nullité, ainsi qu'il est établi aux art. 1023, 1026 et 1028 du même Code, elles produisent l'autorité de la chose jugée et les effets qui y sont attachés.

Et elles ne peuvent en aucun cas être opposées à des tiers. (Art. 1022. *ibid.*)

IIe CONDITION : *Que la chose demandée soit la même que celle sur laquelle a été rendu le jugement.*

461. Mais pour que la chose doive être considérée comme la même, il n'est pas de rigueur qu'elle se trouve absolument dans le même état que celui où elle était lors de la première demande ; l'identité

n'est pas moins censée exister quoique l'objet ait subi depuis des modifications dans sa forme, sa qualité ou son étendue; car ce n'est qu'une identité *in individuo aut in jure* qui est requise : *Idem corpus in hâc exceptione (rei judicatæ) non utiquè omni pristinâ qualitate servatâ, nullâ adjectione, diminutioneve factâ, sed pinguiùs pro communi utilitate accipitur.* L. 14, ff. *de except. rei jud.*

462. De là si, après avoir formé demande en revendication de tel troupeau, et avoir succombé faute d'avoir pu prouver mon droit de propriété, je demande de nouveau le même troupeau, je serai repoussé par l'exception de la chose jugée, quoique ce troupeau se trouvât aujourd'hui composé de têtes qui n'en faisaient pas partie lors de la première demande, et qu'il y en eût plus ou moins qu'à cette époque; car c'est le même *être*, le même troupeau. L. 21, § 1, *hoc tit.* Et je serais également repoussé quoique ma demande n'eût pour objet que certaines têtes déterminées de ce troupeau, si toutefois elles en faisaient déja partie lors de la première demande (même loi); car elles y étaient implicitement comprises, la partie l'étant dans le tout : *In toto et pars continetur.* L. 113, ff. *de regul. jur.*

463. Cette règle s'applique, soit que la chose demandée d'abord consiste en un corps certain ou en une quantité, ou en un droit ; *Nec interest, utrùm*

in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure. L. 7, ff., *hoc tit.*

L'exception aurait donc lieu si, après avoir demandé tel fonds ou tel domaine, et avoir été repoussée de sa demande, la même personne formait contre la même personne, sans une nouvelle cause, la demande d'une part de ce fonds ou de ce domaine, comme serait la moitié ou le quart; ou bien même une partie déterminée, comme serait ce qui se trouve au delà de tel sentier, ou une pièce de terre dépendante de ce domaine : L. 7, *hoc tit.;* ou si elle demandait un accessoire du fonds, comme seraient des arbres qui s'y trouvaient, quand même ces arbres seraient aujourd'hui abattus; ou une île située dans la rivière qui borderait le fonds; L. 7, § 1, et L. 26, § 1, *eodem tit.;* ou si après avoir demandé une hérédité, et avoir été repoussée, elle demandait des objets dépendans de cette même hérédité et en la même qualité. L. 5, *hoc tit.*

Ou si après avoir demandé une somme de 1,000 f. par exemple, ou deux objets déterminés, et avoir succombé, elle demandait 500 fr. ou l'un de ces objets, en vertu de la même cause, de la même stipulation;

Ou bien encore si, après avoir vainement prétendu que j'avais le droit d'envoyer paître un troupeau de cent têtes sur votre fonds, je prétendais ensuite avoir le droit d'en envoyer paître un de cinquante têtes;

Ou si après avoir prétendu d'une manière géné-

rale que vous vous êtes interdit de bâtir sur tel terrain, et avoir succombé, je prétendais ensuite que vous n'avez pas le droit de bâtir à moins de vingt pieds de mon fonds; etc., etc.

Dans tous ces cas, la chose demandée actuellement étant comprise dans la première demande, elle a par cela même été jugée, et il est né du jugement l'exception *rei judicatæ* contre la nouvelle demande, quoique cette nouvelle demande soit seulement d'une partie de ce qui se faisait l'objet de la première.

464. Et, en sens inverse, si c'est une part qui a d'abord été demandée, par exemple la moitié, le quart, l'exception pourra également être opposée sur une nouvelle demande du tout; car dès qu'il a été jugé que le demandeur n'avait pas même droit à une part de la chose, il a été jugé par cela même qu'il n'avait pas droit au tout, puisque le tout comprend la partie : or, s'il eût eu le tout, il aurait dû par cela même avoir la part qu'il avait d'abord demandée.

C'est par cette raison qu'Ulpien, dans la Loi 3, ff. à ce titre, dit que, si, après avoir demandé certaines choses d'une hérédité, et avoir succombé, la même personne demande à la même personne l'hérédité dans son ensemble, elle sera repoussée par l'exception *rei judicatæ*; comme elle le serait, *vice versâ*, si ayant d'abord demandé l'hérédité et ayant succombé, elle demandait certaines choses dépendantes de cette hérédité; ce qu'il faut

toutefois entendre du cas où, dans les deux hypothèses, elle agirait, dans l'une et l'autre instance, en vertu du même titre ou de la même cause, comme héritier d'un tel.

465. Mais comme l'usufruit n'est point une part du domaine; qu'il en est distinct et séparé; que c'est seulement une charge imposée à la propriété, une servitude (1) (personnelle); il suit de là que le jugement qui a repoussé la demande que j'ai formée en revendication de tel fonds, et sur laquelle j'ai succombé, ne m'empêchera pas de former une demande de l'usufruit du même fonds, quoique je n'aie point un nouveau titre. Car, de ce que je n'ai pas prouvé que je fusse propriétaire, il ne s'ensuit point que je ne sois pas usufruitier: le véritable usufruit n'est point compris dans la propriété, il en est au contraire séparé, distinct. Telle est, sur la question, l'opinion de tous les docteurs.

La première partie du § 3 de la loi 21, ff. *de except. rei judicatæ*, paraît, il est vrai, contraire à cette décision, mais, en réalité, elle ne l'est pas. Le jurisconsulte Paul dit, dans ce texte, que si j'ai demandé tel fonds, et que j'aie succombé, et qu'ensuite je veuille demander l'usufruit de ce même fonds, *ususfructus fundi*, au même

---

(1) *Ususfructus non dominii est pars, sed servitus, ut via et iter; nec falsò dici totum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse.* L. 25, ff. *de verb. signif.* Voyez ce que nous avons dit à cet égard au titre *de l'usufruit*, tome IV, n° 465 et suiv.

titre que celui d'après lequel je prétendais être reconnu propriétaire dans la première instance, je devrai être repoussé par l'exception *rei judicatæ*. Mais il ne s'agit point ici de l'usufruit proprement dit, de l'usufruit formel, séparé de la propriété; il s'agit de l'usufruit inhérent à la propriété, dont jouit le propriétaire lui-même, de l'usufruit appelé par les docteurs usufruit *causal*, et qui se trouve compris dans l'expression *fundus* employée seule, sans autre explication, du moins en plusieurs cas, usufruit, en un mot, qui fait partie de la propriété. Or, en demandant aujourd'hui cet usufruit, je demande une chose que j'avais déja demandée, puisqu'il y était compris; je suis donc non recevable. Mais cela n'est point applicable au cas où je demande un véritable usufruit, celui qui est distinct et séparé de la propriété, usufruit que le maître de la chose a constitué au profit d'une autre personne.

Dans la seconde partie du même paragraphe, le jurisconsulte suppose que j'ai un droit d'usufruit sur tel fonds; que j'ai réclamé ce droit, mais que j'ai succombé, probablement faute de preuves; que j'ai ensuite acquis la propriété du fonds, et que depuis j'ai prétendu contre la même personne que l'usufruit de ce même fonds m'appartenait; et il décide que le jugement ne pourra m'être opposé, attendu que ce n'est point la même chose que je demande maintenant, l'usufruit primitivement demandé ayant cessé par l'effet de la con-

fusion, et celui que je prétends avoir actuellement, je prétends l'avoir, comme dit le jurisconsulte, *jure proprietatis, et quasi ex causâ novâ rursùs meus esse cœpit.* Mais, dans cette espèce, l'usufruit d'abord demandé était l'usufruit formel, celui que l'on a sur la chose d'autrui, le véritable usufruit; et celui qui a été prétendu ensuite, après l'acquisition de la propriété, c'est l'usufruit *causal.* Ici c'est le propriétaire qui intente l'action appelée *négatoire*, par laquelle il prétend que son adversaire n'a pas le droit d'usufruit sur ce fonds, tandis que celui-ci prétend l'avoir, et se fonde pour cela sur le jugement qui a été précédemment rendu à son profit, et duquel il résulte que le demandeur (qui est le même dans les deux instances) ne l'avait pas (1). Mais l'on sent que le droit sur lequel le demandeur fonde sa prétention n'est pas le même que dans la première instance.

466. Dans cette espèce, la Glose dit que celui qui a d'abord demandé l'usufruit, et qui a succombé dans sa demande, peut demander ensuite la propriété, sans craindre l'exception *rei judicatæ*, attendu qu'il ne demandera pas la même chose; et il paraît que par *propriété*, la Glose entend non seulement la nue-propriété, mais encore la toute propriété.

---

(1) *Voyez* Pothier *ad Pandectas*, hoc tit. nº 6, et la Glose, sur cette loi, qui ne laisse aucun doute sur l'interprétation que nous en donnons.

Cela n'est pas douteux dans le cas dont il s'agit, parce que le demandeur ayant acquis la propriété du fonds depuis le premier jugement, il se trouve avoir un nouveau titre ; mais s'il n'en avait point, il y aurait plus de difficulté ; car on pourrait dire qu'en demandant l'usufruit proprement dit sur le fonds dont il s'agit, il reconnaissait par cela même qu'il n'en était pas alors propriétaire, puisque *res sua nemini servit.* Personne ne prétend, en effet, avoir le *droit* d'usufruit sur la chose dont il est propriétaire. Donc, dira-t-on, la propriété ne peut plus être demandée par le même contre le même, sans un nouveau titre, sans une cause postérieure à la demande de l'usufruit.

Cependant tel n'est pas notre avis. Le premier procès n'a roulé que sur le droit d'usufruit, et le second a pour objet la propriété, avec ou sans la jouissance, peu importe : c'est donc une chose différente. La partie qui a d'abord demandé l'usufruit ignorait probablement avoir le droit de propriété, ou pouvait avoir des doutes à cet égard ; ce qui répond à l'objection qu'elle a reconnu n'être pas propriétaire en demandant simplement d'abord l'usufruit. En effet, dans le sens de l'objection, il faudrait dire aussi que celui qui réclamerait la plus petite servitude sur un fonds possédé par un tiers, et qui succomberait dans sa demande, ne pourrait plus ensuite revendiquer la propriété de ce même fonds sans une nouvelle cause, quoiqu'il en fût réellement propriétaire au temps de la première demande ; car ce qui serait

décidé touchant le cas d'usufruit, devrait l'être aussi dans celui d'une servitude : or, les conséquences d'un tel système nous paraîtraient tout-à-fait dangereuses. On ne doit pas être aussi facilement censé renoncer à son droit de propriété, surtout quand il est possible qu'on ne sût pas positivement que ce droit existait lors de la demande de l'usufruit ou de la servitude : l'exception *rei judicatæ* ne doit pas s'étendre au delà de ce qui a été l'objet du procès ou de ce qui y était compris.

Si l'on devait entendre la loi 17, ff. *de except. præscript. et præjud.*, comme l'a entendue Pothier dans ses *Pandectes*, notre décision ne souffrirait aucune difficulté. Ce texte est ainsi conçu : *Sed si antè viam, deindè fundum Titianum petat : quia diversa corpora sunt, et causæ restitutionum dispares, non nocebit exceptio.* Et Pothier a cru que la servitude a d'abord été demandée sur le fonds Titien, qui a été ensuite lui-même l'objet d'une nouvelle demande formée par la même personne contre la même personne, sans une nouvelle cause : *Non videtur*, dit-il, en citant cette loi, *idem petere qui postquàm jus servitutis in aliquâ re petiit, ipsam rem posteà petit.*

Mais il s'est trompé dans sa manière de l'interpréter. Cette loi se coordonne avec celle qui la précède. Elle contient bien, il est vrai, un cas où il s'agit de savoir si l'exception *rei judicatæ* a lieu ou non, et c'est ce qui a fait dire à Cujas, *Observ.*, v. 27, qu'elle appartenait plutôt au titre *de*

except. rei judicatæ, qu'au titre *de except. præscript. et præjud.*, transposition qui a probablement induit Pothier en erreur. Mais, ainsi que le dit Cujas lui-même sur cette loi (1), elle ne statue pas moins dans l'espèce traitée dans la loi précédente; or voici quelle est cette espèce. Vous possédez le fonds Titien, sur la propriété duquel il y a procès entre vous et moi; et je dis, en outre, qu'il est dû à ce fonds un passage par le fonds Sempronien, qui vous appartient sans contestation. Si je demande la servitude, vous pouvez me repousser par une exception préjudicielle, PER EXCEPTIONEM QUOD PRÆJUDICIUM PRÆDIO NON FIAT, c'est-à-dire par une exception qui a pour objet d'empêcher qu'on ne juge d'abord une question dont la solution en ma faveur préjugerait aussi en ma faveur la solution de celle qui est agitée entre vous et moi au sujet de la propriété du fonds Titien, pour lequel je demande cette même servitude. Car il est clair, dit le jurisconsulte Africain dans cette loi, que vous ne pouvez me devoir une servitude par le fonds Sempronien pour le fonds Titien, qu'autant que le fonds Titien sera jugé m'appartenir. Or, dans la loi 17, c'est sur le fonds Sempronien, et non sur le fonds Titien, comme l'a cru mal à propos Pothier, que la servitude est d'abord demandée; et Paul dit dans ce texte, que le jugement qui a rejeté la demande ne fera point obstacle à celle qui aura ensuite pour objet le

(1) *Vide Comment. in lib.* LXX, *Pauli ad Edictum.*

fonds Titien, parce qu'en effet de ce qu'il a été jugé que ce fonds n'avait pas de servitude sur le fonds Sempronien, il ne s'ensuit pas qu'il n'appartienne pas au demandeur. Ce qu'on a jugé, c'est une question de servitude prétendue sur le fonds Sempronien ; et ce qui est prétendu maintenant, c'est la propriété du fonds Titien ; ce n'est donc pas la même chose. Telle est l'explication claire et positive que Cujas donne de l'un et l'autre de ces textes.

Nous n'en pensons pas moins, du reste, avec Pothier, que le rejet d'une demande de servitude sur tel fonds, n'empêche point la partie de se prétendre ensuite propriétaire de ce même fonds, sans être obligée d'invoquer pour cela un titre postérieur à la première demande.

467. Nous décidons également que celui qui a été déclaré mal fondé dans sa demande d'un usufruit sur tel immeuble, n'est pas pour cela non recevable dans celle qu'il forme ensuite d'un droit d'usage sur cet immeuble ; car il ne demande point la même chose, ni une partie de celle qu'il avait d'abord demandée. Le droit d'usage est distinct du droit d'usufruit ; il n'en est point une partie intégrante : Le demandeur pouvait n'avoir pas le droit d'usufruit, et cependant avoir le droit d'usage.

On déciderait probablement le contraire dans le cas inverse, parce que, bien que le droit d'usage ne soit pas une part proprement dite du droit d'usufruit, néanmoins celui qui a l'usufruit a par cela

même l'usage, tout de même que celui qui a le plus a le moins; or, si l'on a jugé que je n'avais pas même le droit d'usage, c'est-à-dire le droit de prendre des fruits dans tel fonds pour mes besoins personnels et ceux de ma famille, on a par cela même jugé que je n'avais pas le droit de prendre tous les fruits de ce fonds.

Les jurisconsultes romains décidaient que celui qui avait demandé la servitude *iter*, et qui, ayant succombé, demandait ensuite la servitude *actus*, n'était pas non recevable (1), parce que la première servitude demandée était un droit distinct de l'autre; mais on pouvait avoir *actus*, sans avoir aussi implicitement *iter*; et l'on ne peut pas avoir l'usufruit sans avoir l'*émolument* du droit d'usage.

468. Si j'ai succombé au possessoire, rien ne m'empêche d'attaquer au pétitoire, parce que la propriété est une chose différente de la possession : l'une est de droit, l'autre est de fait. L. 14, § 3, ff. *hoc tit.* Je ne demande donc ni la même chose ni une partie de la même chose.

Mais en sens inverse, si j'ai d'abord attaqué au pétitoire, je ne puis plus revenir au possessoire; (art. 26, Cod. de procéd.); je suis censé avoir reconnu que je n'avais pas la possession, ou y avoir renoncé. Je ne pourrais agir au possessoire qu'en raison d'une possession nouvelle.

---

(1) L. 11, § 6, ff. *de except. rei judicat.*

469. Rien ne m'empêche, après avoir formé une demande d'intérêts, dans laquelle j'ai succombé, d'en former une du capital, pourvu que je n'aie pas été écarté sur le fondement qu'il n'y avait point de capital, mais bien parce qu'il n'était pas dû d'intérêts dans l'espèce : ou parce qu'ils avaient été payés, ou parce qu'ils étaient prescrits. L. 23, ff. *hoc tit.*

Il en serait autrement en sens inverse, puisqu'il ne peut être dû d'intérêts lorsqu'il n'y avait pas de capital.

470. Si je poursuis l'héritier de celui à qui j'ai confié un dépôt, à raison du dol de son auteur, et que je succombe, cela ne m'empêchera pas de le poursuivre à raison de son dol personnel; car c'est un autre fait, *de aliâ re agitur.* L. 22, *vers* ETSI, *hoc tit.*

471. De ce que nous avons dit précédemment que tel qui a été jugé n'avoir pas droit à une chose ne peut ensuite en demander une partie, il ne faut cependant pas conclure, dans tous les cas, que tel qui n'a pas droit à un tout n'a pas droit non plus à une partie de ce tout; car si, ayant un cohéritier, qui possède toute la succession, j'intente contre lui la pétition d'hérédité pour le tout, parce que je prétends être seul héritier, et que ma demande soit rejetée en ce qui touche la part de mon cohéritier, rien ne m'empêchera de demander ma propre part, si elle ne m'est pas relâchée volontairement par lui. Autre chose serait si, sur cette pétition

d'hérédité, le défendeur avait lui-même contesté ma qualité d'héritier, et qu'il eût été jugé que l'hérédité lui appartenait en totalité. Mais dans la première hypothèse, ma part n'a été comprise dans ma première demande que sous un rapport étranger à la contestation actuelle, quoiqu'elle fît partie de l'hérédité dont j'ai demandé la restitution en totalité, parce que je prétendais qu'elle m'appartenait en totalité.

IIIe CONDITION : *Que la demande soit fondée sur la même cause.*

472. Dans le droit romain, l'on faisait, quant à l'application de cette condition, une distinction entre les actions en revendication et les actions personnelles ; et Pothier et les autres auteurs l'ont généralement reproduite. Mais la disposition de l'art. 61-3° du Code de procédure, qui exige que l'exploit d'ajournement contienne l'objet de la demande et l'*exposé sommaire des moyens*, la rend généralement sans objet dans notre droit.

Dans les revendications intentées d'une manière générale, c'est-à-dire sans expression de la cause en vertu de laquelle la demande était formée, le jugement qui condamnait le demandeur parce que celui-ci n'avait pu prouver son droit de propriété, s'opposait à ce qu'il pût former une nouvelle demande, à moins qu'elle ne fût fondée sur une cause née postérieurement à la première. L. 11, § 1, ff. *hoc tit.* La raison en était qu'une chose ne peut pas nous

appartenir en vertu de plusieurs titres ou causes, parce qu'une fois que l'on est propriétaire d'un objet, on ne peut pas le devenir davantage : *quod meum est ampliùs meum fieri nequit.* Seulement, si l'on perd la propriété, on peut l'acquérir de nouveau ; mais ce n'est pas ce dont il s'agit. Or, en demandant la chose d'une manière générale, sans dire à quel titre il la demandait, le demandeur était censé la réclamer en vertu de la seule cause qui avait pu lui en conférer la propriété ; donc ce n'était qu'une cause nouvelle qui pouvait légitimer une nouvelle demande contre la même personne pour le même objet. Mais s'il eût spécifié la cause de sa première demande, rien ne l'empêchait d'en former une nouvelle pour une autre cause même existante à l'époque du procès, car de ce qu'il n'était point propriétaire à raison de telle cause, il ne s'ensuivrait pas qu'il ne le fût point à raison de telle autre cause : L. 11, § 2, *hoc tit.* ; et à plus forte raison en était-il de même si la cause de la nouvelle demande était postérieure à la première.

Au lieu que dans les actions personnelles, lors même que le demandeur avait formé sa demande d'une manière générale, sans exprimer la cause, rien ne l'empêchait de demander encore la même somme ou la même chose à la même personne, sans être obligé pour cela de la fonder sur une cause née postérieurement à la première demande (1); car

(1) L. 11, § 2; LL. 9, 17 et 18, ff. *de except. rei judic.*; et L. 30, ff. *de peculio.*

si une chose ne peut nous *appartenir* à plusieurs titres, rien n'empêche du moins qu'elle ne nous soit *due* par la même personne pour telle ou telle cause, comme vente, donation, etc. : *non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ità pluribus causis idem possit nostrum esse.* L. 119, *de regul. juris.* La même personne, en effet, peut me devoir 1,000 fr. pour une vente que je lui ai faite, ou pour une donation qu'elle m'a faite, ou pour un prêt, ou pour dommages-intérêts, etc. Or, quand je n'ai pas spécifié la cause de la demande que j'ai formée contre elle, on ne peut pas dire que la nouvelle que je forme est censée fondée sur la seule cause en vertu de laquelle je pouvais agir d'abord, puisque je pouvais en avoir plusieurs.

Cette distinction est formellement établie dans la loi 14, § 2, ff. *de except. rei judicatæ.* Mais comme nous l'avons dit, l'exploit d'ajournement devant, aux termes de l'art. 61 du Code de procédure, contenir l'exposé sommaire *des moyens*, à peine de nullité, le demandeur, quelle que soit l'espèce d'action qu'il intente, sera bien obligé d'énoncer la cause en vertu de laquelle il agira, et dès lors la distinction ci-dessus entre les actions en revendications proprement dites, et les actions personnelles, pour le cas où la demande a été conçue en termes généraux, sans spécifier la cause, devient généralement sans intérêt.

473. La découverte de pièces décisives depuis

le procès, et retenues par le fait de l'autre partie, donne ouverture à requête civile (art. 480-10, Cod. de procéd.) Mais si les pièces, même décisives, n'ont point été retenues par le fait de la partie adverse, il n'y a pas lieu à faire rétracter le jugement par cette voie, ni à le faire réformer en cassation, ni à intenter une action nouvelle (1).

474. Cependant il est de jurisprudence constante, attestée par Rodier sur l'ordonnance de 1667, au titre de la requête civile, et par un grand nombre d'auteurs, que si une partie condamnée par un jugement en dernier ressort à payer une somme, retrouve la quittance du paiement qu'elle avait fait ou qu'avait fait son auteur, elle peut alors, sans recourir à la voie de la requête civile, produire cette quittance et faire tomber le jugement; parce que, ainsi que le dit Duparc-Poullain dans ses *Principes de jurisprudence*, (tome X, pag. 161), les condamnations au paiement s'entendent toujours par argent ou quittances.

Mais ce n'est là qu'une exception au principe ci-dessus. Elle ne souffrirait aucune difficulté si le jugement réservait expressément au défendeur

---

(1) *Voyez* à cet égard les lois 27, ff. *de except. rei jud.*; 4, Cod., *de re judic.*, 35, ff. *de re judic.*, et 16, au Code, *de transact.*

Voy. aussi l'arrêt du 28 juin 1808, au répertoire de M. Merlin, *Succession*, sect. 1, § 1, art. 5. Cet arrêt a décidé que l'on ne peut, sur le fondement de pièces nouvelles, et sans prendre la voie de la requête civile, faire revivre des contestations terminées par un jugement passé en force de chose jugée; et la requête civile n'a lieu pour cette cause, qu'autant que les pièces ont été retenues par la partie adverse.

toutes quittances; et il faudrait aussi décider la même chose, si ce dernier n'avait point allégué de paiement. Le cas où il y aurait du doute, serait celui où le défendeur ayant allégué un paiement, il aurait été condamné faute de produire la quittance, ne l'ayant point encore retrouvée. Cependant, même dans ce cas, le jugement devrait encore être considéré comme conditionnel dans son effet, c'est-à-dire, *à moins que le défendeur ne justifie du paiement qu'il dit avoir fait ;* en d'autres termes, il emporterait condamnation à payer *en deniers ou quittances* (1).

D'après cela, si le jugement se trouvait exécuté au moment où la quittance viendrait à être découverte, il y aurait lieu à la répétition de ce qui aurait été payé indûment.

475. Puisqu'il faut, pour que l'exception de la chose jugée puisse être opposée à une nouvelle demande, que cette demande soit fondée sur la même cause, il suit de là que si je vous ai d'abord demandé une somme de mille francs, par exemple, à titre de dépôt, et que j'aie succombé, rien ne

(1) Nous modifions, quant à ce point, ce que nous avions dit au tome IV de notre Traité *des Contrats*, etc., n° 1466, où, en nous attachant trop littéralement aux principes purs du droit, et notamment à l'art. 480, n° 10 du Code de procédure, nous ne donnions effet à la découverte de la quittance, qu'autant que cette quittance avait été retenue par le fait de la partie adverse. Cette décision était trop rigoureuse en ce qui concerne les quittances : elle n'est vraie que pour les autres pièces, lesquelles laissent toujours le point de la contestation plus ou moins incertain ; au lieu qu'une quittance détruit nettement l'obligation.

m'empêchera de vous demander encore la même somme comme m'étant due par vous pour vente, loyers, etc., ou à raison même d'un autre dépôt que je prétendrais vous avoir fait ou avoir fait à celui dont vous êtes l'héritier; car même dans ces derniers cas, ce serait aussi pour une autre cause que j'agirais.

476. Il suit aussi du même principe, que si j'ai formé contre Paul demande en restitution de l'hérédité de l'un de mes parens, dont il avait pris possession, et que j'aie succombé parce que cette hérédité appartenait, non à moi, mais à un autre parent dont je suis ensuite devenu l'héritier, le jugement qui a été rendu contre moi ne m'empêchera pas de demander de nouveau contre Paul la restitution de cette même hérédité; car j'ai une nouvelle cause pour la demander, ma qualité d'héritier du parent auquel je prétends qu'elle appartenait. L. 3, Cod. *de petit. heredit.*

Cela aurait lieu, encore que ma nouvelle demande fût appuyée sur les mêmes moyens que ceux sur lesquels j'avais fondé la première, par exemple, que le testament en vertu duquel Paul possède la succession est nul : la question de nullité jugée entre lui et moi *ex personâ meâ* n'est pas pour cela jugée à l'égard du parent dont je suis l'héritier; et, à ce titre, j'ai le droit de demander qu'elle soit examinée et jugée de nouveau, quand bien même je ne produirais aucune nouvelle preuve

ou nouveau moyen pour établir la nullité. *Eamdem causam facit origo petitionis ; cæterùm si fortè petiero fundum vel hominem, mox alia causa post petitionem mihi accesserit, quæ mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio.* L. 11, § 4, ff. *de except. rei judic.*

477. A plus forte raison celui qui, n'étant pas encore héritier, a formé demande contre le possesseur d'une succession, et a été repoussé pour cette cause, ne doit pas être déclaré non recevable dans la nouvelle action qu'il intente lorsqu'il est devenu héritier. L. 25, ff. *except. rei jud.*

On peut ainsi faire l'espèce de cette loi : Paul est en possession de la succession de Jean, mon parent, en vertu d'un testament, ou pour autre cause. Pierre, héritier présomptif, n'a point encore pris qualité, ni renoncé ; comme plus proche héritier après lui, je poursuis Paul, qui m'oppose une fin de non-recevoir tirée de mon défaut de qualité, attendu que Pierre est celui à qui cette succession a été dévolue d'après la loi, et que sa renonciation ne se présume point, que je n'en rapporte pas non plus la preuve : je suis donc écarté. Mais Pierre ensuite renonce à la succession : alors rien ne m'empêche de renouveler ma demande ; car la seule raison pour laquelle j'ai été écarté, c'était le défaut de qualité : or, j'ai maintenant qualité ; c'est donc comme si j'avais une nouvelle cause. Peu importe que par sa renonciation, Pierre soit censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), que je sois censé

moi-même l'être devenu à compter de l'ouverture de la succession, parce que l'acceptation a un effet rétroactif à cette époque (art. 777), et en conséquence qu'on pût prétendre que le jugement se trouve avoir été rendu dans un temps où j'étais déja héritier : on répondrait qu'il n'a prononcé que par forme de fin de non-recevoir *quant à présent*, ainsi que le font ou doivent le faire tous les jugemens qui écartent une partie comme non recevable faute de justifier alors d'une qualité qui lui serait nécessaire pour motiver sa demande.

C'est ainsi que dans les cas des articles 135 et 136, celui qui réclame un legs ou une succession comme échus à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, et aux droits duquel il se trouverait si celui-ci était décédé, n'est déclaré non recevable que *quant à présent*, sans préjudice de l'action en pétition d'hérédité ou autres droits, au profit de l'absent qui viendrait à reparaître ou à donner de ses nouvelles, ou au profit de ses héritiers, même de ceux qui ont été déclarés non recevables, dans le cas où ils prouveraient que leur auteur a survécu à celui d'où sont dérivés ces mêmes droits. (Art. 138 analysé.)

Ainsi encore, un legs m'est fait sous une condition; je forme demande en délivrance contre les héritiers *ab intestat*, comme si la condition était accomplie, et je suis déclaré non recevable parce que je ne justifie pas de son accomplissement : rien ne m'empêchera lorsque j'aurai acquis la preuve

qu'elle est réellement accomplie, de former une nouvelle demande, car j'aurai une nouvelle raison, une nouvelle cause pour la former. Argument de la loi 11, § 4, ff. *hoc tit.*

Autre chose serait s'il avait été jugé que le legs était nul, par exemple à raison d'un vice du testament, ou à raison de mon incapacité de recevoir du testateur, ou de celle de ce dernier.

478. En sens inverse, si le défendeur n'a obtenu congé de la demande que parce qu'il n'avait pas alors telle qualité qui était nécessaire pour qu'il fût condamné, ou parce qu'il existait telle cause qui lui fournissait une exception, il ne pourra pas, lorsqu'il aura cette qualité, ou lorsque la cause de cette exception aura cessé, se faire du jugement une fin de non-recevoir contre une nouvelle demande. Ainsi j'intente une action en pétition d'hérédité contre Paul; celui-ci est renvoyé de la demande parce qu'il ne possède rien de la succession : si postérieurement il vient à la posséder ou à en posséder quelque chose comme héritier (1), je pourrai très bien renouveler ma demande contre lui sans craindre l'exception *rei judicatæ*. L. 9, *princip.*; LL. 17 et 18, *hoc tit.*

Voilà pourquoi, dans le droit romain, celui qui avait agi *de peculio*, et qui n'avait obtenu qu'une

---

(1) Car si c'était par exemple à titre d'acheteur qu'il fût devenu possesseur d'objets particuliers dépendant de cette hérédité, ce serait par action en revendication que j'agirais contre lui.

partie de ce qui lui était dû, à raison de l'insuffisance du pécule, pouvait ensuite très bien agir pour le surplus si le pécule était venu à s'augmenter. L. 30, § 4, ff. *de pecul.*

479. Pareillement si, regardant Paul comme héritier de Jean mon débiteur, je forme contre lui demande en paiement, et qu'il soit renvoyé de la demande, attendu qu'il n'est point l'héritier de Jean, parce que c'est à Philippe, parent plus proche, que la succession est échue; que celui-ci, qui n'avait point alors accepté, soit venu à renoncer, enfin qu'ensuite Paul ait pris lui-même la succession, à son refus : bien certainement je pourrai renouveler contre lui ma demande, sans craindre non plus l'exception de la chose jugée. Les lois 2 à ce titre, et 15, ff. *de oblig. et act.* le décident positivement ainsi dans des espèces analogues.

480. En principe, lorsque la cause de la nouvelle demande est la même que celle de l'ancienne, l'exception *rei judicatæ*, ne peut pas moins être opposée quoique la nouvelle action fût d'une espèce différente de celle qui a été intentée précédemment : *Eamdem causam facit origo petitionis...., et nec refert utrùm eodem an diverso genere actionis (seu judicii), quis de eâ re agere videtur.* LL. 5 et 11, § 4, *hoc tit.* combinées. De là, si j'ai acheté une chose infectée d'un vice redhibitoire, j'ai le choix, aux termes de l'article 1644, ou de rendre la chose et de me faire restituer le prix, si je l'ai payé, ou

bien de garder la chose et de me faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée à dire d'experts, ce que les jurisconsultes romains appelaient l'action *quanti minoris*. Or, si j'ai agi pour l'un ou l'autre objet, et que j'aie succombé, parce qu'on a reconnu qu'il n'y avait pas de vice rédhibitoire, ou parce que je n'ai pas exercé mon action dans le délai fixé par l'usage des lieux, l'exception de la chose jugée pourra m'être opposée même sur celle des deux actions que je n'ai point intentée, et que je voudrais exercer maintenant ; car cette action naît de la même cause que la première. L. 25, § 1, ff. *de except. rei judic.*

481. Ainsi encore, si j'ai intenté contre vous la pétition d'hérédité, sur laquelle j'ai succombé, et qu'ensuite je forme demande en revendication de certaines choses dépendantes de cette hérédité, sans me fonder sur une autre cause, je serai repoussé par l'exception *rei judicatæ*, quoique l'action que j'intente aujourd'hui ne soit pas la même que celle que j'avais exercée d'abord. LL. 3 et 7, § 4, *hoc tit.*

482. Il en est de même si, me prétendant légataire de Paul pour certain objet, j'ai poursuivi son héritier par l'action personnelle *ex testamento*, et que j'aie succombé : si je veux ensuite le poursuivre par action en revendication de l'objet prétendu légué, ou par l'action hypothécaire qu'ont les légataires sur les biens de la succession, je serai

repoussé par l'exception *rei judicatæ*, quoique ce ne soit pas la même action que j'intente aujourd'hui. Mais c'est parce qu'elle a la même origine, le testament. L. 76, § 8, ff. *de legatis* 2° analysée, et Voët *ad Pandectas*, *tit. de except. rei judic.*, n° 4.

485. Et si une question préjudicielle élevée dans une instance a été jugée contre une partie, et qu'elle ait préjugé contre cette partie la question principale, l'exception de la chose jugée sera également acquise quant à la question principale elle-même. Par exemple, en qualité de neveu de Philippe, je forme contre Paul, son cousin du côté paternel ou maternel, n'importe, une action en restitution de la succession de Philippe, dont il est détenteur pour partie : il m'oppose que je ne suis point neveu légitime de Philippe, que je ne suis qu'un enfant naturel, que mes père et mère n'étaient point mariés, et en conséquence que je n'ai aucun droit à cette succession, attendu que les enfans naturels ne succèdent point aux parens de leurs père et mère (art. 756). La première question à examiner et à juger, c'est celle de ma légitimité, et le juge saisi de l'action en pétition d'hérédité sera compétent pour décider aussi cette question, d'après la règle que le juge de l'action est aussi juge de l'exception (1). Si ma légitimité est recon-

(1) Ce qui souffre toutefois des limitations lorsque le juge de l'action est un juge de juridiction spéciale, comme un tribunal de com-

nue, il est clair que la question relative à l'hérédité se trouve par cela même jugée en ma faveur, puisqu'elle dépendait uniquement de ce point, un neveu excluant toujours en effet un simple cousin (art. 750). Et, *vice versâ*, si la question de légitimité est jugée contre moi, celle de l'hérédité le sera par cela même aussi.

484. Ainsi encore, je cite Paul en police correctionnelle pour avoir coupé sur mon fonds certains pieds d'arbres et les avoir emportés, ou pour avoir arraché une haie, etc. : Paul oppose pour sa défense que ce qu'il a fait, il l'a fait chez lui, que le terrain sur lequel il a coupé les arbres ou arraché la haie lui appartient : il y a là une question préjudicielle ; car il est clair que Paul n'aura commis aucun délit, et ne sera passible d'aucune condamnation, ni civile ni pénale, s'il a agi sur son terrain. Mais, à la différence du cas précédent, le juge de l'action principale ne sera point juge de l'exception : le tribunal de police correctionnelle devra surseoir à statuer, et renvoyer les parties devant le tribunal civil pour y faire juger la question de propriété du terrain dont il s'agit ; et si elle y est jugée contre moi, celle que j'avais portée au tribunal correctionnel l'est par cela même aussi, et je suis condamné aux dépens dans les deux instances, sans préjudice

merce, et que l'exception opposée est une question qui, par sa nature, est de la compétence des tribunaux civils, comme une vérification d'écriture, une contestation sur la qualité d'héritier. (Art. 426 et 427 du Cod. de procéd.)

des dommages-intérêts qui pourraient être dus à Paul. Mais si elle est jugée contre Paul, alors le tribunal de police correctionnelle statue sur ma plainte, condamne Paul aux peines portées par la loi, et à mes dommages-intérêts.

485. Et si j'assigne Paul devant le tribunal de commerce, pour une dette commerciale de son père, dont je le crois héritier, et que Paul m'oppose qu'il n'a point accepté la succession, la question relative à la qualité d'héritier, et qui doit être décidée par les tribunaux civils (art. 426, Cod. de procéd.), est bien préjudicielle en ce sens que si elle est jugée en faveur de Paul, on aura par cela même jugé qu'il ne me doit pas ce que je lui ai demandé, mais elle ne l'est point en sens contraire, c'est-à-dire que quand bien même il serait décidé que Paul a accepté la succession de son père, il ne sera pas pour cela décidé qu'il me doit la chose réclamée, puisqu'il est possible en effet qu'elle ne me soit pas due.

486. Nous venons de dire que l'exception de la chose jugée ne peut pas moins être opposée quoique la nouvelle action intentée par celui contre lequel le jugement a été rendu ne fût pas de la classe de celle qui a été intentée en premier lieu, et quoique les juridictions fussent différentes, pourvu que la nouvelle demande soit fondée sur la même cause, *quia eamdem causam facit origo petitionis*; cependant il ne faut pas conclure de là

que les tribunaux civils sont toujours liés par une décision rendue au criminel. Cela est vrai dans certains cas, mais non dans tous : on ne peut pas même établir une règle générale à cet égard.

Ainsi, l'art. 198 du Code civil porte que lorsque la preuve de la célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfans issus de ce mariage. Voilà un cas où ce qui a été jugé (implicitement) au criminel, le fait de la célébration du mariage (1), ne peut plus être remis en question au civil.

487. Mais au contraire, si un délit de suppression d'état d'enfant avait été déféré aux tribunaux criminels, et que, au mépris de la disposition spéciale de l'article 327 du Code civil, ces tribunaux eussent jugé le fait avant que les tribunaux civils eussent statué sur la question d'état, l'enfant, quoique l'accusé eût été condamné, ne pourrait cependant invoquer le jugement criminel comme ayant reconnu son état de fils d'un tel ; car les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état (art. 326).

---

(1) Mais non pas sa *validité;* car le mariage peut être nul pour cause d'inceste, de bigamie, etc., et les tribunaux criminels n'ont pas eu une pareille question à juger : elle était même hors de leur compétence.

488. L'article 235 aussi porte que, « Si quelques « uns des faits allégués par l'époux demandeur don- « nent lieu à une poursuite criminelle de la part du « ministère public, l'action en divorce restera sus- « pendue jusqu'après l'arrêt de la Cour d'assises ; « elle pourra être reprise, sans qu'il soit permis « d'inférer de l'arrêt aucune fin de non-recevoir ou « exception préjudicielle contre l'époux deman- « deur. » Les faits ont pu ne pas paraître suffisamment constans aux yeux des jurés avec les caractères de criminalité que leur attribuait l'acte d'accusation, et néanmoins ils pourront paraître au tribunal civil suffisamment graves pour motiver la demande en divorce (aujourd'hui, la séparation de corps).

489. Ainsi encore, et comme nous l'avons dit au tome X, n° 146, où nous citons les divers jugemens et arrêts rendus dans l'affaire *Charret et Tourangin*, l'arrêt criminel, qui, en acquittant un individu accusé d'extorsion de promesses ou obligations par violence, force ou contrainte, juge par cela même que l'article 400 du Code pénal ne lui est point applicable, ne décide toutefois pas implicitement que lesdites promesses ou obligations sont valables ; car elles peuvent être nulles pour dol ou manœuvres, ou défaut de cause ; en conséquence, es tribunaux civils peuvent encore les annuler pour ces motifs. C'est ce qu'a jugé l'arrêt du 17 mars 1813 rendu dans la même affaire.

L'arrêt criminel ne décide même pas nécessaire-

ment que ces promesses ou obligations ne sont point infectées du vice de violence ou de crainte dans le sens de l'article 1112 du Code civil, vu qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait violence dans le sens de cet article, que l'accusé porteur des actes se soit rendu coupable des faits prévus par l'art. 400 précité, puisque la *crainte* seule, si elle a été grave, a vicié le consentement, quoiqu'elle n'ait pas été produite par des voies de fait ou des violences, en un mot par une contrainte extérieure de nature à faire déclarer applicable à l'accusé ce même article, et puisqu'il est d'ailleurs possible que les obligations soient le résultat du vice de violence, et que cette violence ait été commise par un autre que l'accusé sans complicité de sa part, ce qui ne les rend pas moins nulles (article 1111, Cod. civ.). Ainsi, dans ce cas encore, le jugement rendu au criminel ne lie point les juges au civil.

490. Il a été aussi jugé par la Cour de cassation, le 21 messidor an IX, section des requêtes, que l'arrêt de la Cour criminelle qui avait acquitté un accusé de faux, ne prouvait point que l'acte fût vrai, et, en conséquence, que les tribunaux civils avaient pu, sans blesser le principe de l'autorité de la chose jugée, annuler l'acte comme n'étant pas sincère. Les termes de l'arrêt sont ainsi conçus :

« Attendu que les principes et les lois invoqués « par Godier (l'accusé acquitté, porteur des actes

« incriminés de faux) recevraient leur application « s'il était question de le soumettre de nouveau à « une instruction criminelle pour les faits sur lesquels est intervenu le jugement du tribunal criminel du département de l'Aube, du 10 frimaire an v; mais que Godier étant devenu lui-même demandeur à fins civiles contre les héritiers Terray, le jugement attaqué a professé les « vrais principes, en déclarant que Pauline Terray « n'avait point été partie au procès criminel, puisqu'on ne représentait aucune procuration donnée « par elle à cet égard (1); et que quand elle l'aurait « été, la *vérification* du billet n'en pourrait pas « moins être exigée (2), puisqu'en matière de grand « criminel, il suffit que le délit ne soit pas constant « pour que l'accusé soit renvoyé; tandis qu'en matière civile, il faut que le titre soit incontestablement reconnu être l'ouvrage de celui à qui il est « opposé, ou de ceux qu'il représente, pour pouvoir « en exiger le paiement, etc. »

---

(1) Cette doctrine est toutefois combattue par celle qui a été soutenue par M. Merlin dans l'affaire *Charet et Tourangin*, savoir, que la société entière est représentée par le ministère public, dans les affaires soumises aux tribunaux criminels, et que le jugement rendu fait loi pour tout le monde. Voyez aussi *Question de droit*, v° *faux*, § 6, n° 6, et ce que nous disons plus bas.

(2) Cependant, d'après l'art. 214 du Code de procédure, l'inscription de faux civil ne peut plus être formée lorsque la pièce *a été vérifiée*, *soit avec le demandeur, soit avec le défendeur en faux, sur une poursuite de faux principal ou incident*.... Comment donc, d'après cela, la *vérification* peut-elle encore être demandée? Dans quelle procédure, en effet, pourrait donc encore avoir lieu cette vérification, sans mécon-

491. Dans la fameuse affaire *Régnier*, que ses immenses détails ne nous permettent pas d'analyser, l'arrêt rendu par la Cour d'assises de Paris, qui avait acquitté le sieur Régnier de l'accusation de faux, n'a pu servir à celui-ci pour faire condamner le sieur Michel à exécuter les actes qui avaient été incriminés de faux : le tribunal de commerce et la Cour royale de Paris ne les annulèrent pas moins, et la Cour de cassation a confirmé l'arrêt.

Mais les *considérans* de celui de cette dernière Cour, bien analysés, sembleraient faire croire que sa jurisprudence sur ce point délicat ne serait pas bien fixée, et qu'elle ne serait pas sous le Code d'instruction criminelle actuel ce qu'elle paraissait être sous le Code de brumaire an IV, d'après l'arrêt du 21 messidor an IX précité. M. le procureur général Mourre avait même conclu à la cassation de l'arrêt de la Cour de Paris.

En effet, parmi les motifs de ce dernier arrêt, il y en avait assurément plusieurs qui étaient fon-

---

naître l'autorité de la chose jugée ? C'est une objection de plus contre le système de l'arrêt. M. Merlin, *loco citato*, dit, pour y répondre, que cette disposition doit être entendue du cas où le jury, en déclarant l'accusé non coupable, déclare aussi, parce que la Cour a posé la question, que l'acte *est vrai*, que l'acte n'est *point faux* ou *falsifié*, question, dit M. Merlin, que la Cour a pu poser, parce que le Code d'instruction criminelle ne le défendait pas ; mais que lorsque le jury s'est borné à déclarer que l'accusé n'est pas coupable, cet article 214 du Code de procédure n'empêche point que les juges au civil n'ordonnent la vérification de la pièce, et ne l'annulent même comme *fausse*, si leur conviction les y porte, parce qu'on ne peut pas dire que la pièce a été *vérifiée*.

dés sur des faits d'où résultaient des présomptions graves de fraude; mais il y en avait aussi dans lesquels la Cour raisonnait comme si l'acte eût été *faux*, et appliquait, en conséquence, les principes qui avaient dicté l'arrêt du 21 messidor an IX. Si elle s'était bornée à annuler l'acte sur le seul fondement que, bien que le sieur Régnier eût été déclaré non coupable de faux, il ne résultait pas de là que les conventions contenues dans l'acte ne fussent pas le produit de manœuvres frauduleuses, et ne dussent pas être annulées, sa décision aurait laissé intacte la question qui nous occupe; mais il n'en a pas été ainsi. Quoi qu'il en soit, voici la décision de la Cour de cassation (1), qui est importante à connaître. Il est inutile de rapporter les motifs sur lesquels le sieur Régnier fondait son pourvoi.

« Attendu, sur le premier moyen, que les tribu« naux de commerce sont compétens pour appré« cier la validité ou la nullité des transactions « commerciales;

« Que ces tribunaux sont tenus de renvoyer de« vant les juges civils pour la vérification de l'écri« ture et de la signature, lorsque le sort de la « contestation tient à cette vérification;

« Qu'il n'en est pas de même lorsqu'indépen« damment et abstraction faite de toute vérification, « l'instruction de la cause démontre les vices essen« tiels et les nullités des traités;

---

(1) Du 19 mars 1817. Sirey, 17-1-181.

« Que, dans l'espèce, *le tribunal de commerce* n'a « fondé sa décision *sur aucun motif qui s'applique* « *au faux ;*

« Que tous les motifs de ce jugement ont, au « contraire, pour *unique base*, les présomptions « qui s'élèvent contre ce traité, *toutes indépendantes* « *du faux ;*

« Qu'en décidant, dans les circonstances, que la « vérification de la signature était inutile, le tri- « bunal de commerce et la Cour royale de Paris, « loin d'avoir violé les règles de compétence pres- « crites par la loi, s'y sont exactement conformés ;

« Attendu, sur les autres moyens, que *le tribu-* « *nal de commerce*, *loin de déclarer le traité faux*, « *l'a tenu*, *au contraire*, *pour véritable* (1), puis- « qu'il ne l'a déclaré non obligatoire et ne l'a an- « nulé que *par des motifs tirés du vice intrinsèque* « *qui s'y rattache* (2);

« Que ce tribunal n'a, en effet, déclaré Régnier « non recevable dans sa demande en exécution du- « dit traité, et n'en a prononcé la nullité, qu'en se « fondant sur des faits et sur une foule de pré- « somptions graves, précises et concordantes ;

« Que ces présomptions, *totalement indépen-*

---

(1) Mais la Cour d'appel ne *l'a pas tenu pour véritable...*; et c'était cependant contre *l'arrêt*, et non contre le *jugement*, que le pourvoi était formé...

(2) Ce qu'il avait incontestablement le droit de faire, d'après les circonstances de la cause..., et ce qui ôte à la question, il faut le dire, une grande partie de son importance, pour ne pas dire toute son importance.

« *dantes du faux*, ont été tirées des clauses mêmes « du traité, des déclarations faites par les parties, « des mémoires respectivement produits, de la « conduite extraordinaire de Régnier, du défaut de « représentation de registres, et d'autres circon- « stances également graves qui démontrent l'impos- « sibilité de supposer que *ce traité ait été obligatoire;*

« Que bien loin d'improuver aucun des motifs de « ce jugement, la Cour royale de Paris l'a confirmé « et en a ordonné la pleine et entière exécution;

« Attendu, en outre, que cette Cour, en confir- « mant ce jugement, a déclaré elle-même formelle- « ment, dans les motifs de son arrêt, que ce traité « *était l'œuvre du dol et de la fraude* (1);

« Qu'il résulte par conséquent de l'arrêt qui a « confirmé ledit jugement, *qu'en supposant que le « traité ne soit pas faux*, il est du moins infecté « d'un vice essentiel qui en opère la nullité; qu'il « est l'œuvre du dol et de la fraude; que, par ce « motif, il est non obligatoire, et doit être bâtonné;

« *Que peu importe que, dans plusieurs des « motifs de l'arrêt attaqué, la Cour royale de Paris*

---

(1) Cela est vrai; mais elle avait dit, de plus, que l'arrêt criminel qui acquitte un accusé de faux ne préjuge point la *vérité* de l'acte incriminé de faux; que les juges au civil peuvent encore le rejeter comme *faux*, soit après vérification ordonnée par eux, soit même sans vérification, ainsi que l'avait fait le tribunal de commerce dans l'espèce. On voit avec quelle peine la Cour de cassation, pour éviter de se prononcer sur la question, cherche à voiler les points sur lesquels l'arrêt de la Cour royale de Paris eût été vulnérable dans le système que le jugement criminel lierait les juges au civil.

« *ait aussi considéré le traité comme faux* (1);

« Qu'il suffit, en effet, que, *par le dispositif* dudit « arrêt, le jugement de première instance ait été « pleinement confirmé, et que ladite Cour ait elle-« même formellement déclaré que ce traité était « l'œuvre du dol et de la fraude, pour que la de-« mande en cassation n'ait aucun fondement;

« Qu'il est inutile et sans objet, sous ce rapport, « d'examiner, soit le mérite des motifs de l'arrêt « relatifs au faux, soit l'effet que doit produire sur « une pièce *sous signature privée* (2) arguée de « faux, une décision du jury qui déclare la non « culpabilité de l'accusé;

« Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi (3). »

492. Ce dernier considérant n'est évidemment

---

(1) Ce *considérant* est bien remarquable; il confirme l'observation faite dans la note précédente, et indique clairement que la Cour de cassation, en *justifiant* ainsi l'arrêt de la Cour de Paris par l'ensemble de ses motifs, n'a pas cru devoir également *confirmer* ceux auxquels elle fait allusion dans ce considérant, c'est-à-dire ceux qui font précisément l'objet véritable de la question quant au *faux*, c'est-à-dire de la difficulté.

(2) Il semblerait résulter de ces mots, qui paraissent être mis à dessein, que s'il s'agissait *d'actes authentiques*, le jugement qui acquitterait l'accusé devrait lier les juges au civil, sous le rapport de la *vérité* de l'acte, dans le cas où ce serait lui qui voudrait en faire usage : les actes authentiques, en effet, font foi jusqu'à inscription de faux (art. 1319, Cod. civ.); or, l'inscription de faux principal ne serait plus possible, et l'inscription de faux incident civil paraîtrait devoir être repoussée par l'art. 214 du Code de procédure, encore que la déclaration du jury fût simplement : *non, l'accusé n'est pas coupable*, et ne portât pas que l'acte *est vrai*, qu'il *n'est point faux* ou *falsifié*, ainsi que M. Merlin suppose que cela pourrait être.

(3) Arrêt du 19 mars 1817, rendu au rapport de M. *Vergès*,

qu'un moyen détourné employé par la Cour pour s'épargner l'obligation de se prononcer sur une question grave, relativement à laquelle cependant il importait beaucoup qu'elle se prononcât nettement, afin de guider les tribunaux sur un point aussi délicat. Il nous semble toutefois résulter de l'ensemble des *considérans* de son arrêt qu'elle n'a pas absolument persisté dans sa première jurisprudence, telle qu'elle résultait de celui du 21 messidor an IX.

Quoi qu'il en soit de cette interprétation, l'on dit (1), pour soutenir que le jugement au criminel qui acquitte l'accusé de faux ne lie point les juges au civil, que déclarer que l'accusé *n'est pas coupable*, ce n'est pas nécessairement déclarer vraie l'obligation qu'il est prévenu d'avoir fabriquée ; car sa non culpabilité a pu résulter aux yeux du jury de ce que, même en supposant l'obligation fausse, non seulement un autre que lui pouvait l'avoir fabriquée à son insu et sans sa participation, mais qu'il pouvait lui-même en avoir fait usage de bonne foi ; que, dès lors, on ne peut pas dire que la non fausseté de l'obligation soit une conséquence nécessaire de l'acquittement de l'accusé, puisqu'entre ces deux propositions : *l'obligation n'est pas fausse* et *l'accusé n'est pas coupable*, il n'existe pas une telle connexité que la seconde soit renfermée dans la première ; que l'on peut supposer un milieu entre l'une et l'autre, savoir : *la pièce est fausse*,

---

(1) M. Merlin, *loco citato*.

mais l'accusé n'est ni auteur ni complice du faux.

Ce raisonnement est vrai dans le cas où celui qui produit l'acte devant les tribunaux civils et qui a été acquitté d'après la déclaration de *non coupable*, était accusé seulement de s'être servi de l'acte sachant qu'il était faux, et qu'il a soutenu que l'acte était vrai (1) : dans ce cas, en effet, la déclaration du jury a pu être aussi bien déterminée parce qu'il n'a point été convaincu que l'accusé savait, en se servant de la pièce, qu'elle était fausse, que parce qu'il a cru lui-même que la pièce était vraie : il a même pu être dans l'incertitude à cet égard, et comme alors il n'avait pas la conviction que l'accusé s'était servi de la pièce sachant qu'elle était fausse, il a dû le déclarer non coupable.

Autre hypothèse : Philippe produit un traité passé, dit-il, entre son auteur et Paul. Ce dernier porte plainte en faux contre Philippe, en l'accusant d'être lui-même l'auteur de l'acte, ou de s'en être servi sachant qu'il était faux. Philippe est renvoyé devant la Cour d'assises pour y être jugé sur cette double accusation. S'il avoue que l'acte est faux, mais qu'il soutienne qu'il s'en est servi ignorant qu'il fût faux, il n'y a plus de question sur l'effet de l'acte, quelle que soit la déclaration du jury.

Mais s'il soutient que l'acte est vrai, la déclara-

---

(1) Car s'il l'avait reconnu lui-même faux, se défendant seulement en disant qu'il en ignorait la fausseté quand il s'en est servi, il n'y aurait plus de question, puisque la pièce serait lacérée.

tion du jury de *non coupable* peut avoir été déterminée, ou parce que le jury a cru la pièce vraie, ou parce qu'il l'a crue fausse, mais sans être convaincu qu'elle fût l'ouvrage de l'accusé, ou que celui-ci en ait fait usage sachant lui-même qu'elle était fausse, ou enfin parce qu'il a été incertain sur la fausseté ou la vérité de la pièce, ce qui par conséquent empêchait qu'il eût la conviction que l'accusé s'était servi de la pièce sachant qu'elle était fausse.

Dans les deux espèces ci-dessus, si le jury n'a eu à s'expliquer que sur la question : *L'accusé est-il coupable?* s'il ne lui en a pas été soumis sur la fausseté de la pièce elle-même, il est clair que sa décision ne préjuge point nécessairement que cette pièce est vraie. On ne peut pas dire qu'elle *a été vérifiée* dans une poursuite en faux principal; en conséquence l'art. 214 du Code de procédure ne ferait point obstacle à l'inscription de faux incident civil. Le défendeur pourrait même se borner à dénier son écriture ou sa signature, ou à déclarer ne pas connaître celle de son auteur, auquel cas la vérification serait ordonnée; et, d'après le résultat de cette vérification, l'acte serait admis ou rejeté.

Mais le raisonnement de M. Merlin n'a plus de base lorsque celui qui produit l'acte était accusé d'en être l'auteur, et qu'il l'a avoué, mais a soutenu que cet acte était sincère; car dans ce cas on ne peut pas supposer que c'est l'œuvre d'un tiers, qui l'aurait fabriqué à l'insu de l'accusé, ni

que celui-ci a pu en faire usage dans l'ignorance qu'il était faux : s'il y a faux, le faussaire est celui qui se déclare auteur de l'acte, et il est devant le jury. Tel était le cas de l'affaire *Régnier*.

Il en est de même si ce sont des altérations ou falsifications reprochées à l'accusé, qui nie qu'il y ait eu altération ou falsification, déclarant que l'acte fait avec lui n'est point sorti de ses mains, et qu'il a été dès le principe tel qu'il est maintenant.

Or, légalement parlant, et en ne considérant la question que sous le rapport du *faux* et d'après les principes de la chose jugée, lorsqu'un individu accusé d'avoir lui-même fabriqué un acte avoue qu'il a effectivement concouru à sa confection, mais soutient que cet acte est vrai, et qu'il est déclaré *non coupable* par le jury, n'est-ce pas là une preuve que l'acte est vrai, puisque, dans ce cas, l'accusé eût dû être déclaré coupable, si le jury eût cru l'acte faux ? La connexité de la fausseté de l'acte avec la culpabilité de l'accusé, ou, *vice versâ*, de la non culpabilité de l'accusé avec la vérité de la pièce, n'est-elle pas nécessaire ? C'est là une grave question, toujours légalement parlant.

Mais on peut objecter que ce qu'ont à juger les tribunaux civils n'est point absolument la même question que celle qu'a jugée la Cour d'assises ; qu'à la Cour d'assises on avait seulement à juger si l'accusé était coupable ou non ; qu'on avait à le convaincre de sa culpabilité, et que c'est ce qui n'a pas eu lieu ; que dès qu'il y avait incertitude à cet

égard dans l'esprit des jurés, la déclaration de *non coupable* devait en résulter, puisque la loi leur demandait une *intime conviction* pour déclarer l'accusé coupable (art. 342, Cod. d'inst. crim.). Mais dans les tribunaux civils, il s'agit d'autre chose; il s'agit d'une obligation, existant ou non, et les rôles changent comme l'objet de la question: c'est l'accusé acquitté qui, de défendeur, devient demandeur à son tour à fins d'exécution de l'acte qu'il produit; or, tout demandeur doit justifier de sa demande, et, pour cela, administrer des preuves qui puissent convaincre le juge. La cause de la première action était un crime prétendu; celle de la seconde est une prétendue convention : ce n'est donc pas le cas de dire qu'il y a identité entre ce qui est à juger et ce qui a été jugé, et d'appliquer la règle *eamdem causam facit origo petitionis.*

On peut ajouter, et c'est une considération grave, que la majorité du jury a pu croire la pièce fausse, et néanmoins l'accusé être acquitté, si la majorité était seulement d'une voix, et si la majorité des membres de la Cour d'assises a été de l'avis de la majorité du jury; et il a dû l'être depuis la dernière loi sur le jury (1). Tandis que la majorité, au contraire, aurait dû être en faveur de la pièce, si c'eût été un tribunal civil qui eût eu à statuer sur elle dans une inscription de faux incident civil.

(1) Loi du 4 mars 1831, portant : « La décision du jury se formera « contre l'accusé la majorité de plus de sept voix (art. 3). » Mais cette loi vient elle même d'être changée.

Des élémens de jugement si différens en ce qui touche la pièce elle-même, et c'est là le seul objet de la question dont il s'agit, ne permettent donc pas d'avoir une foi entière en un acte qui n'a peut-être en faveur de sa véracité que la minorité des voix qui ont servi de base à l'arrêt d'où l'on veut inférer qu'il est vrai, jugé vrai. Si l'on objectait qu'il ne s'agit pas d'un compte de voix, mais d'une décision rendue, on répondrait que cette décision n'est relative qu'à la non culpabilité de l'accusé, et que puisque ce n'est que par induction et prétendue connexité qu'on veut en conclure que l'acte est réputé vrai, il n'est point interdit d'examiner si cette induction est bien fondée, si cette connexité existe réellement; or, elle n'existe pas nécessairement, tant s'en faut.

Enfin, il est encore une raison, qui nous paraît décisive : supposez qu'un individu auquel il a été confié un blanc-seing pour le remplir d'une procuration, par exemple, l'ait frauduleusement rempli d'une obligation ou d'une décharge à son profit : c'est là un simple délit d'abus de confiance, qui donne lieu seulement à l'application d'une peine correctionnelle, aux termes de l'art. 407 du Code pénal. Mais la personne lésée par le délit porte plainte en faux, et l'auteur du fait, qui prétend que l'acte est vrai dans toutes ses parties, est accusé de faux et renvoyé devant les assises pour y être jugé sur le faux. Le jury, soit qu'il pense que l'acte est sincère, soit qu'il croie que ce n'est qu'un simple

abus de confiance, déclare l'accusé non coupable, parce que la question relative à l'abus de confiance ne lui a pas été soumise. Sa déclaration est parfaitement ce qu'elle devait être, même dans la supposition qu'il croyait que l'accusé s'était rendu coupable du *délit* d'abus de confiance; car il ne s'était pas pour cela rendu coupable du *crime* de faux. Or, évidemment, les tribunaux civils ne sauraient être liés par cette déclaration; l'acte n'en est pas moins le produit de la fraude, quoiqu'il ne constitue pas un *faux qualifié par la loi;* et en l'annulant, ils ne contreviendront point à l'article 1322 du Code civil, suivant lequel l'acte sous seing-privé, reconnu ou tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit, leurs héritiers ou ayant-cause, la même foi que l'acte authentique; car celui dont il s'agit n'a point été reconnu par la partie à qui on l'oppose, et il n'a point non plus été tenu pour reconnu par la Cour d'assises, sur la déclaration du jury, puisque le jury a seulement déclaré que l'accusé n'était pas coupable de faux, ce qui était vrai dans l'espèce. D'ailleurs, cet article est sans préjudice des moyens que l'on peut opposer à l'acte, pour cause de fraude, d'erreur, de violence, de défaut de cause ou de cause licite, etc. Par les mêmes raisons, l'article 214 du Code de procédure ne serait pas non plus applicable, en tant qu'il rejette l'inscription de faux incident civil, lorsque la pièce a été *vérifiée* sur une *poursuite en faux principal* ou incident.

493. La loi 47, ff. *de heredit. petit.*, décide qu'après avoir succombé dans sa plainte en faux contre le testament de son père, un fils peut encore l'attaquer comme nul, et cela est vrai pour tout acte quelconque. Car la vérité de l'acte comme acte n'empêcherait pas qu'il ne fût nul pour incapacité, erreur, violence, dol, défaut de cause, vices de formes, etc.; c'est là une tout autre question.

Et la loi 14, ff. *de inoffic. test.* décide également que le fils peut passer successivement de la plainte en faux à la plainte en inofficiosité, et *vice versâ.*

494. On a aussi agité la question de savoir si, en sens inverse, l'accusé qui a été déclaré coupable de faux peut encore être admis à prouver devant les tribunaux civils que l'acte est vrai, pour en obtenir l'exécution. Cette question peut paraître oiseuse devant la disposition de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle, qui, dans le cas où des actes authentiques ont été déclarés faux en tout ou partie, prescrit à la Cour ou au tribunal qui a connu du faux, d'ordonner qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés, et qu'il soit du tout dressé procès-verbal; disposition qui ne distingue pas entre le cas où il y a eu ou non partie civile dans le procès criminel, et qui s'applique, par le même motif, aux actes sous seing-privé : ce qui est confirmé par l'art. 241 du Code de procédure, pour le cas où des pièces, indistinctement, ont été reconnues fausses sur une inscription de faux incident civil.

Cependant la question ci-dessus a donné lieu à une controverse entre MM. Merlin et Toullier. Ce dernier a prétendu que l'art. 1351 du Code civil résistait à ce que l'on pût opposer au condamné le jugement qui l'a déclaré coupable de faux, lorsqu'il agit ensuite au civil pour obtenir l'exécution de l'acte, attendu, dit M. Toullier, que la question à décider est autre que celle qui a été jugée par la Cour d'assises; et il ne paraît même pas que cet auteur distingue entre le cas où l'autre partie s'est portée partie civile au procès criminel, et le cas contraire.

D'abord, il n'est pas douteux, selon nous du moins, que, dans la première hypothèse, le condamné ne soit non recevable, lors même que, par oubli ou par tout autre motif, la Cour n'aurait point ordonné la lacération de la pièce; car la fausseté de cette pièce a été jugée contradictoirement avec lui et l'autre partie, puisque, indépendamment de l'action publique exercée par le ministère public, il y a eu action civile exercée par cette partie (art. 3, Cod. d'inst. crim.). La plainte au criminel et l'exception au civil ont toutes deux la même cause, la fausseté de l'acte; et peu importe, comme nous l'avons dit précédemment, que les juridictions ne soient pas de même sorte, cela ne fait rien lorsque c'est la même question au fond qui s'agite entre les mêmes parties, et qu'elle a la même cause; *exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel* ALIO GENERE

JUDICII, dit la loi 7, § 4, ff. *de excep. rei judic.;* or, c'est ce qui a lieu dans l'espèce. Et peu importe aussi que celui qui était demandeur dans la première instance, soit défendeur dans la seconde, et *vice versâ:* cela ne change point la nature de la cause du litige.

495. Mais dans le cas où celui contre lequel l'exécution de l'acte est demandée ne s'est pas porté partie civile dans la cause criminelle, il y a plus de difficulté, surtout si l'acte étant sous seing-privé, la Cour a omis d'en ordonner la lacération ou le *bâtonnement.*

Néanmoins M. Merlin, qui discute ce point dans ses *Questions de droit,* v° *faux*, § VI, n° 6, décide que le jugement peut être opposé au condamné, même dans ce cas, attendu qu'il établit un fait constant pour tout le monde, que l'acte est faux.

En effet, dans l'affaire *Charret et Tourangin,* que nous avons rapportée au tome X, n° 146, Tourangin ne s'était point rendu partie civile sur la poursuite du ministère public contre Charret, pour fait de vol avoué par celui-ci dans les billets et obligations qu'il avait souscrits à Tourangin pour cette cause, qui y était exprimée; et néanmoins une ordonnance de la Cour royale de Bourges ayant déclaré qu'il n'y avait pas lieu à suivre contre Charret, cette décision, qui rendait *sans cause,* ou pour *fausse causse,* les engagemens qu'il avait souscrits, a pu valablement être opposée à Tourangin : at-

tendu, disait M. Merlin dans ses conclusions sur cette affaire, que les délits et les crimes sont poursuivis par le ministère public au nom de la société entière et de chacun en particulier.

C'est, dit encore M. Merlin dans ses *Questions de droit*, *loco citato*, c'est tout comme à Rome, où les citoyens en général étaient représentés par celui d'entre eux qui se rendait accusateur contre un autre citoyen : ce dernier, acquitté, ne pouvait plus être poursuivi pour le même fait (1). Et dans les actions dites *populaires*, une fois que le délinquant avait été poursuivi par quelqu'un, il ne pouvait plus l'être pour le même fait, ni par la même personne, ni par une autre (2).

496. Et il est certain aussi, chez nous, que, si celui qui a été poursuivi à la requête du ministère public a été acquitté, parce que l'existence du délit n'a point été établie, il est certain, disons-nous, qu'il n'y a plus d'action, ni criminelle ni civile, à raison du même fait, et que celui qui se prétendrait lésé par ce fait n'en aurait point même devant les tribunaux civils, en prétextant qu'il n'a point été partie civile au procès. La loi ne donne d'action civile à raison d'un crime ou délit, qu'autant qu'il y a crime ou délit; or, il a été jugé qu'il n'y en avait pas, et cela a été jugé avec la personne chargée par la loi d'en poursuivre la répression. M. Toul-

(1) L. 9, Cod. *de accusat. et inscript.*; et L. 7, § 2, ff. *de accus.*
(2) L. 3, ff. *de popular. actionib.*

lier le reconnaît lui-même, ce qui détruit la base de son opinion sur ce point.

497. En sens inverse, la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 5 mai 1818 (1), en confirmant une décision de la Cour de Caen, du 13 décembre 1816, que, *lorsqu'un tribunal criminel a jugé affirmativement un fait de culpabilité contre un prévenu, ce jugement, devenu inattaquable, sert également de base aux demandes civiles qui en sont les accessoires ;* ce qui doit être entendu à l'égard des demandes qui seraient ensuite formées devant les tribunaux civils par des personnes lésées par le délit qui ne se sont point portées parties civiles dans le procès criminel, demandes auxquelles s'applique la dernière disposition de l'art. 359 du Code d'instruction criminelle. Car, pour les personnes lésées par le crime et qui se sont portées parties civiles, elles doivent, d'après le second alinéa du même article, former leur demande en dommages-intérêts avant le jugement, à peine d'être plus tard déclarées non recevables : ce qui doit être entendu de l'action intentée même devant les tribunaux civils.

IVe CONDITION : *Que la demande soit formée entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités.*

498. La chose jugée n'est présumée la vérité qu'entre ceux qui ont été parties au jugement. Il n'eût pas été juste, en effet, que la négligence de

(1) Sirey, 1819-1-162.

l'un des plaideurs pût nuire à un tiers, ou que la décision, peut-être mal fondée, qu'il a obtenue, profitât encore à un autre. De là cette double règle : *Res inter alios judicata aliis non præjudicare*, L. 63, ff. *de regul. juris. Neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt*, L. 2, Cod. *quib. res jud. non nocet.*

499. Et quoique ce fût la même personne qui agît dans le second procès, comme demandeur ou défendeur, si elle n'agissait pas en la même qualité que dans le premier, l'exception de la chose jugée n'aurait pas lieu. Ainsi, Paul, en qualité de tuteur de Pierre, forme contre moi demande en délaissement de tel fonds, qu'il prétend appartenir au mineur ; je suis renvoyé de la demande : rien n'empêchera Paul, s'il vient à découvrir que l'héritage lui appartient à lui-même, d'agir contre moi en revendication ; et *vice versâ,* s'il avait d'abord agi en son nom, et qu'il eût succombé, rien ne l'empêcherait ensuite d'agir au nom du mineur. Dans ces cas, ce n'est même pas en réalité la même personne qui agit, puisque dans l'un des procès elle a agi en son nom, et dans l'autre, au nom d'une autre personne.

500. De plus, sont bien considérés comme une seule et même personne, un défunt et son héritier, tellement que ce qui a été jugé contre le premier, ou en sa faveur, est censé jugé contre le second, ou à son profit ; mais si l'héritier demande en son

nom, et d'après son droit propre et personnel, ce que son auteur avait vainement demandé à la même personne, l'exception de la chose jugée ne pourra lui être opposée. De même, en sens inverse, elle ne pourrait lui être opposée, s'il avait lui-même d'abord agi en son nom propre et personnel, et qu'ensuite, ayant succombé, il vînt à agir en qualité d'héritier d'un tel ; L. 10, ff. *de præscript. et except.* Car de ce que, dans le premier cas, la chose demandée par le défunt ne lui était pas due ou ne lui appartenait pas, il ne s'ensuit point qu'elle ne soit pas due ou qu'elle n'appartienne pas à son héritier ; et, dans le second cas, de ce qu'elle n'était point due à celui-ci, il ne s'ensuit pas qu'elle ne fût point due au défunt.

501. Ce que nous disons au sujet des héritiers, et avec la limitation ci-dessus, s'applique aux légataires universels ou à titre universel, ou aux donataires par contrat de mariage de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès : car ils sont les uns et les autres *loco heredum*, et font, à ce titre, une seule et même personne avec le défunt.

502. La qualité d'héritier *bénéficiaire* ne change même rien à ces principes, quoiqu'elle empêche d'ailleurs la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier (art. 802) : dès que ce dernier agit en qualité d'héritier, ce qui a été jugé avec son auteur est censé jugé aussi avec lui. Seulement, si le jugement a prononcé des condamnations person-

nelles contre le défunt, l'héritier bénéficiaire n'est tenu de les exécuter que dans les limites fixées par les règles sur le bénéfice d'inventaire.

503. Ce qui a été jugé avec un mari, en cette qualité, dans les cas où la loi lui donne l'exercice des actions de sa femme, est censé jugé avec celle-ci, quoiqu'elle n'ait pas été mise en cause.

Ainsi, dans le cas de communauté, sans parler des actions qui sont relatives aux biens qui la composent, et qui doivent être exercées par le mari seul (art. 1421), comme il peut, sous ce régime, exercer seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme (art. 1428), le jugement rendu pour ou contre lui, dans ces actions, sera censé rendu pour ou contre la femme : et à plus forte raison si l'action mobilière de la femme était entrée en communauté, parce que la chose ne lui était pas demeurée propre ; car alors le mari, comme chef et administrateur des biens de la communauté, et pouvant, à ce titre, les aliéner, les vendre et les hypothéquer sans le concours de la femme, et même les donner, sous certaines limitations (art. 1421 et 1422), en exerçant l'action, aurait agi d'après un droit propre. Cela serait vrai, encore que la femme eût stipulé la reprise de ses apports au cas où elle renoncerait à la communauté (article 1514), et qu'ensuite elle exerçât cette reprise : le mari n'en avait pas moins l'action lorsqu'elle a été exercée ; sauf à la femme son indemnité, si c'est

par la faute du mari que son droit a été perdu, par exemple parce qu'il a laissé accomplir la prescription. (Art. 1428.)

Ainsi encore, dans le cas où les époux sont mariés sous le régime d'exclusion de communauté sans séparation de biens, comme le mari a l'administration des biens de la femme, et la jouissance de ses revenus (article 1530); qu'il perçoit, par suite de cette administration, tout le mobilier qu'elle apporte en dot ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice (art. 1531); il s'ensuit que c'est lui qui a l'exercice des actions mobilières qui compètent à sa femme, et que ce qui est jugé avec lui, dans ces actions, est censé jugé avec la femme elle-même, sauf au mari à répondre des pertes qu'il lui aurait causées par sa faute.

Il a également les actions possessoires sous ce régime.

Mais, sous les deux régimes, s'il s'agit de droits immobiliers appartenant à la femme, c'est elle qui, soit en demandant, soit en défendant, doit être en nom au procès, et le mari l'assiste pour la validité de la procédure, et agit en son nom propre pour la défense de ses droits quant à la jouissance qu'il a de ces mêmes biens.

Enfin, sous le régime dotal proprement dit, le mari seul a l'administration des biens dotaux

pendant le mariage ; il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et les détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux (art. 1549); par conséquent ce qui est jugé avec lui relativement à ces mêmes biens, est censé jugé avec la femme, encore que celle-ci n'eût pas été mise en cause ; sauf à elle son recours contre son mari, s'il a laissé perdre ses droits par sa faute, et même la requête civile, s'il a colludé avec l'autre partie. (Art. 480-1°, Cod. de procéd.)

504. Ce qui a été jugé avec un tuteur est censé aussi jugé avec le mineur ou l'interdit (art. 450 et 509), sauf au mineur ou à l'interdit la requête civile, s'il n'a pas été défendu valablement (art. 481): par exemple, si l'autorisation du conseil de famille était nécessaire au tuteur pour agir, ou pour acquiescer, parce qu'il s'agissait d'un droit immobilier (art. 464, Cod. civ.), et qu'il ait agi ou acquiescé sans cette autorisation.

Par l'effet du même principe, ce qui a été jugé avec un mandataire, dans les limites du pouvoir qui lui a été donné, est censé jugé avec le mandant ; et ce qui a été jugé avec le maire d'une commune, ou l'administrateur d'un établissement public, agissant en ces qualités, et dûment autorisés à cet effet, est censé jugé avec la commune ou l'établissement.

Mais ces divers jugemens ne pourraient être op-

posés à ceux qui n'ont point agi en leur nom propre et pour leur propre intérêt, dans le cas où ils auraient personnellement des droits à la chose qui en a été l'objet. Voilà pourquoi le jugement rendu contre une partie ne peut être opposé à l'avoué ou à l'avocat qui lui a prêté son ministère dans la cause, ignorant son droit relativement à la chose qui faisait la matière du procès. L. 54, ff. *de rei vindic.*

505. Nous avons vu plus haut (n° 495) que l'individu poursuivi par le ministère public pour crime ou délit, et acquitté sur le fondement que le crime ou délit n'a point été prouvé, peut opposer le jugement aux personnes prétendues lésées par le fait, qui voudraient ensuite le poursuivre à fins civiles ; que ce jugement a l'autorité de la chose jugée par rapport à tous ceux qui, pouvant se porter partie civile, ne l'ont point fait, parce qu'elles ont été représentées par le ministère public ; et *vice versâ*, que si l'accusé a été condamné, le jugement constate le fait même par rapport aux personnes lésées qui ne se sont point portées partie civile, lesquelles peuvent, en conséquence, poursuivre leurs dommages-intérêts devant les tribunaux civils. (Art. 359, dernier alinéa, du Code d'instruct. crim.)

506. En général, dans les actions réelles, le jugement rendu pour ou contre l'auteur est aussi censé rendu pour ou contre celui qui lui succède

à titre particulier dans la chose à raison de laquelle le jugement a été rendu.

Ainsi, le jugement rendu au profit du vendeur d'un fonds profite à l'acquéreur; et cela a lieu, soit qu'il s'agisse de la propriété du fonds, soit qu'il s'agisse d'une servitude, puisque l'acquéreur a tous les droits du vendeur relativement à la chose vendue. L. 9 et L. 11, §§ 3 et 9, ff. *de except. rei judic.*

La même chose a lieu en faveur d'un coéchangiste ou d'un transactionnaire, ou d'un créancier qui a reçu la chose en paiement. On doit aussi le décider à l'égard d'un donataire ou d'un légataire : ils ont également les droits de leur auteur par rapport à la chose donnée ou léguée ; ils sont ses ayant-cause *propter rem.*

Vice Versâ, si le jugement a été rendu contre le vendeur ou le coéchangiste, ou contre celui qui a donné la chose, ou qui en a fait l'abandon par transaction, ou qui l'a cédée à titre de paiement, ce jugement, rendu soit sur la propriété soit sur un droit de servitude, pourra être opposé au successeur, ainsi qu'à un créancier hypothécaire, si toutefois les droits du successeur sont postérieurs à la demande sur laquelle il a été rendu, et sont présentés comme procédant ou dérivant de celui contre lequel il l'a été; car celui-ci n'a pu conférer à un autre plus de droits qu'il n'en avait lui-même alors. L. 11, §§ 9 et 10, et L. 28, *hoc tit.*; et L. 3, § 1, ff. *de pignorib. et hypoth.*

507. Mais si le tiers avait déja des droits sur la chose au moment de la demande, le jugement qui a été rendu contre celui d'où procédaient ces droits ne ferait pas loi contre ce tiers, s'il n'avait pas été rendu commun avec lui, du moins celui-ci pourrait y former tierce opposition, si on le lui opposait, conformément à l'article 474 du Code de procédure.

Ainsi, si celui qui a hypothéqué un fonds dont il était possesseur, a ensuite été évincé de ce fonds par l'effet d'une action en revendication formée par un tiers qui s'en est prétendu propriétaire, le jugement ne pourra pas nuire au créancier qui n'a point été mis en cause. C'est ce que décide positivement Papinien, dans la loi 29, § 1, ff. *de except. rei jud.: Nam creditor locum victi successisse non videbitur, cùm pignoris conventio sententiam præcesserit*. La loi 3, *princip.*, ff. *de pignorib. et hypoth.* qui est aussi un fragment de Papinien, contient une décision semblable.

En effet, de ce que le débiteur n'était plus propriétaire au temps de la demande formée contre lui, il ne s'ensuit pas qu'il ne le fût point au temps où il a hypothéqué la chose, puisqu'il a bien pu cesser de l'être dans l'intervalle. Or, il suffit qu'il le fût quand il a consenti l'hypothèque, pour qu'elle doive produire son effet; mais à la charge par le créancier d'en faire la preuve (1). A plus forte raison

(1) L. 15, § 1, ff. *de pignorib. et hypoth.*

cette décision serait-elle applicable au cas où le jugement aurait été rendu par collusion avec le débiteur. L. 5, Cod. *de pignorib. et hypoth.*

508. Et l'on doit le décider de la sorte lors même que le principe du droit du gagnant serait antérieur à la constitution de l'hypothèque, consentie avant la demande. Ainsi quoique, d'après l'art. 2125 du Code civil, celui qui n'avait qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne puisse consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même résolution, néanmoins le jugement qui a prononcé l'annulation ou la rescision du droit de propriété du débiteur ne pourra pas être opposé au créancier qui avait une hypothèque antérieure à la demande sur laquelle est intervenu ce jugement, ou du moins ce créancier sera reçu à y former tierce opposition. Autrement un débiteur pourrait facilement anéantir les hypothèques qu'il aurait consenties à ses créanciers, en s'entendant avec un tiers qui lui avait vendu ou donné l'immeuble et qui demanderait, sur un prétexte quelconque, la nullité, rescision ou révocation de l'acte d'aliénation. Il n'est même pas nécessaire, suivant nous, dans ce cas, que le créancier prouve la collusion, chose la plupart du temps assez difficile à prouver, et souvent même impossible; sauf au tiers à établir son droit vis-à-vis de lui comme il l'a fait vis-à-vis du débiteur qui a consenti l'hypothèque.

Il est vrai, et nous l'avons dit nous-même, qu'un créancier, pour pouvoir exercer l'hypothèque qui lui a été consentie, est obligé, si c'est une hypothèque spéciale, de prouver qu'au temps de l'hypothèque la chose était *in bonis debitoris* (1); mais dans l'espèce elle y était, car l'acte d'aliénation n'était pas nul de droit : c'est le jugement qui l'a anéanti. Il est vrai aussi que ce jugement est simplement *déclaratif*, et que le créancier tire son droit du débiteur contre lequel il a été prononcé; mais, d'un autre côté, le créancier n'a pas été représenté dans ce jugement par le débiteur, puisque son droit existait déja au moment de la demande : *creditor locum victi successisse non videbitur, cùm pignoris conventio sententiam præcesserit.* La mauvaise défense qu'a opposée le débiteur peut bien lui nuire, mais elle ne doit pas nuire au créancier, qui a un droit distinct, quoiqu'il le tire de lui. Que le tiers ne faisait-il déclarer le jugement commun avec ce créancier, ou que n'en fait-il rendre un aujourd'hui avec lui, qui établisse effectivement que le débiteur, dans le temps où il lui a consenti l'hypothèque, n'avait qu'un droit sujet à rescision ou à nullité : alors il n'y aura plus de difficulté; l'art. 2125 la tranchera en sa faveur.

509. S'il y a procès entre un vendeur ou donateur d'immeuble sous condition suspensive non

---

(1) Il en est autrement dans les hypothèques générales portant sur les biens à venir, L. 15, § 1, ff. *de pign. et hypoth.*

encore accomplie, et un tiers, le jugement rendu en faveur de ce vendeur ou donateur, soit quant à la propriété des biens, soit quant à un droit de servitude, peut même être invoqué par l'acheteur ou le donataire après l'accomplissement de la condition, car, quoique la condition accomplie ait un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179), et que, par cette raison, on puisse dire que le vendeur ou le donateur n'était plus propriétaire, néanmoins il avait qualité pour défendre la chose, et il la défendait plus encore dans son intérêt que dans celui de l'acheteur ou du donataire, du moins généralement.

510. Mais si c'était contre eux que le jugement eût été rendu, ce que nous venons de dire à l'égard de ceux qui avaient déja des droits sur la chose au moment de la demande, serait applicable; et en conséquence le jugement, dans le cas où la condition viendrait à s'accomplir, ne pourrait être opposé à l'acheteur ou au donataire, ou du moins ceux-ci pourraient y former tierce opposition, même sans être tenus de prouver qu'il a été rendu par collusion. En effet, la rétroactivité de la condition accomplie ferait supposer que le jugement a été rendu avec une personne qui n'était plus propriétaire, et si cette fiction de droit ne nous arrête pas dans le cas précédent, c'est qu'il y a une très grande différence : le vendeur ou donateur a tacitement mandat de l'acheteur ou du donataire

pour défendre la chose, mais il ne l'a pas pour la compromettre. En pareil cas, c'est à l'autre partie à exiger la mise en cause de celui qui a des droits conditionnels sur les biens, ou à l'appeler lui-même, afin d'éviter un nouveau procès.

511. Et si la vente ou la donation était faite sous condition résolutoire, comme le vendeur ou le donateur serait censé avoir des droits sur les biens sous une condition suspensive contraire (par argument de la loi 56, ff. *de rebus creditis*), le jugement rendu en faveur de l'acquéreur ou du donataire, avant l'accomplissement de la condition résolutoire, profiterait bien, par la même raison, au vendeur ou donateur; mais le jugement contraire ne pourrait leur être opposé, du moins généralement. Ainsi, dans le cas d'une vente faite avec faculté de rachat, ce qui est une véritable condition résolutoire, mais potestative de la part du vendeur, ou dans le cas d'une donation révoquée pour survenance d'enfans, comme les biens rentrent dans la main du vendeur ou donateur francs et quittes de toutes charges du chef du donataire ou de l'acheteur (art. 963 et 1673), le jugement rendu contre ces derniers relativement à ces mêmes biens ne pourrait être opposé au vendeur ou donateur. Il en doit être en effet des jugemens comme des contrats, car *in judicio quoque contrahimus.*

512. Par les mêmes motifs, nous décidons que les jugemens rendus au profit des héritiers rela-

tivement aux biens légués sous une condition, et pendant que la condition est en suspens (1), peuvent, au cas où elle viendrait à s'accomplir, être invoqués par le légataire, non seulement parce qu'ils ont été rendus avec les propriétaires (2), mais encore parce que les héritiers avaient mission du testateur de conserver la chose dans l'intérêt du légataire. Toutefois, comme l'héritier ne peut, pas plus par des jugemens que par des conventions proprement dites, altérer les droits du légataire, celui-ci, dans le cas où ces jugemens seraient contraires à ses droits, pourrait y former tierce opposition, s'il n'avait point été mis en cause.

513. Nous avons dit que le jugement rendu contre l'auteur relativement à la propriété de la chose aliénée, ou à une servitude, fait loi pour le successeur à cette même chose, si la demande est antérieure à la constitution de son droit; mais, en sens inverse, le jugement rendu contre le successeur ne peut pas être opposé à son auteur, car celui-ci ne tire pas son droit de lui, comme un acheteur tire le sien de son vendeur. La loi 9, § 2, ff.

---

(1) C'est à eux qu'appartient l'action en revendication : L. 66, ff. *de rei vindic.*, quoiqu'ils n'aient, dit Cujas sur cette loi, qu'une propriété *imparfaite*. Ils peuvent aussi faire entrer ces biens dans leur partage, mais sans préjudice du droit du légataire, si la condition vient à s'accomplir. L. 12, § 2, ff. *familiæ erciscundæ*. Voy. ce qui a été dit sur ce point au tome IX, n° 305.

(2) Dans les legs, la condition n'a pas un effet rétroactif sous tous les rapports, comme dans lescontrats; mais voyez ce qui a été dit à cet égard au même volume, n° 310 et suivans.

de except. rei jud. en donne cet exemple : Si vous avez vendu à Titius un fonds comme vous étant, par exemple, provenu d'une succession, et que m'en prétendant propriétaire, j'aie formé contre Titius la revendication ; que le jugement m'ait été favorable, et qu'ensuite vous prétendant propriétaire, par une cause quelconque, vous formiez contre moi demande en revendication de ce même fonds, je ne pourrai vous opposer le jugement ; car Titius tenait son droit de vous, mais vous ne tenez pas le vôtre de lui, puisque vous êtes son vendeur.

Et, *vice versâ*, porte la loi suivante, si, dans l'espèce, j'ai succombé dans ma demande contre Titius, et que je forme ensuite demande contre vous, qui, par une cause quelconque, êtes devenu possesseur du fonds, vous ne pourrez pas m'opposer le jugement obtenu par Titius. Voët (1) fait toutefois exception pour le cas où vous seriez rentré dans la possession du fonds par défaut de paiement, ou pour quelque autre cause qui aurait amené la résiliation de la vente que vous aviez faite à Titius. Cela est douteux, mais ce ne le serait point si c'était par une revente ou rétrocession de sa part.

514. L'espèce de la loi 11, § 3, au même titre, est bien différente. Etant vous et moi héritiers de Titius, vous formez contre Sempronius demande pour votre part dans un fonds que vous prétendez

---

(1) *Ad Pandectas*, *tit. de rei except. rei judic.*, n° 5, *in fine.*

appartenir en totalité à la succession, et vous succombez ; depuis, j'achète cette même part de Sempronius, qui m'a relâché la mienne volontairement ou par suite de revendication, peu importe, et vous formez ensuite demande en partage contre moi : je puis vous opposer l'exception de la chose jugée avec Sempronius, dit le jurisconsulte ; car Sempronius étant mon vendeur, j'ai tous ses droits relativement à la chose, et *l'exception rei judicatæ* est une exception réelle. Peu importe aussi que ce ne soit pas la même action que celle qui a eu lieu avec Sempronius, puisque la part que vous me demandez dans ce fonds, vous me la demandez en vertu de la même cause que celle en vertu de laquelle vous l'avez demandée à Sempronius, votre qualité d'héritier de Titius : or, *eamdem causam facit origo petitionis, et nec refert an eodem vel ex diverso judicio agatur*. Il en doit être de ce cas, poursuit le jurisconsulte, comme si vous m'aviez demandé à moi-même cette même part en votre qualité d'héritier de Titius, et qu'ayant succombé, vous voulussiez ensuite l'obtenir sur l'action en partage, *familiæ erciscundæ ;* or assurément je vous opposerais l'exception de la chose jugée : donc je dois de même pouvoir vous l'opposer, puisque vous avez succombé vis-à-vis de mon vendeur, et que j'ai tous ses droits par rapport à la chose vendue.

515. Du principe que la chose jugée ne fait loi qu'entre les parties au procès, il suit que si j'ai de-

mandé à l'un des héritiers de mon débiteur pour cause de prêt, de dépôt, vente, etc., sa part dans la dette, et que j'aie succombé, n'importe pour quel motif, rien ne m'empêchera de former une semblable demande contre son cohéritier, tout en me fondant sur la même cause; car, quoique ce soit la même question, néanmoins le changement de personne fait que c'est une autre chose que je demande; seulement elle est semblable à la première : *Nam etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.* L. 22 *hoc tit.* Et il en serait ainsi, encore que j'eusse demandé à cet héritier toute la dette, car il n'y aurait toujours chose jugée que pour sa part, s'il n'avait pas mandat de ses cohéritiers pour défendre à ma demande en ce qui les concernait.

Et si, héritier seulement pour partie du créancier, je forme demande contre le débiteur ou son héritier, soit pour toute la dette, soit pour ma part, et que je succombe, il est clair que rien n'empêchera mes cohéritiers de demander la leur, attendu que je n'ai pu la compromettre sans leur mandat.

516. Par la même raison si, colégataire avec Paul de telle chose, par exemple du fonds Sempronien, je forme seul demande en délivrance contre les débiteurs du legs, soit pour ma part, soit pour le tout, et que je succombe, n'importe le motif, le jugement ne devra point être opposé à mon colégataire, lequel

pourra leur demander sa part dans la chose léguée, et même le tout si j'étais incapable de recueillir le legs, car alors il y aurait lieu au droit d'accroissement à son profit. (Art. 1044.)

La loi 1re, ff. *de exceptione rei judicatæ,* dit que, puisqu'il est de principe que la chose jugée avec l'un n'a aucun effet avec un autre, il en résulte que quand bien même un légataire a succombé dans sa demande en délivrance de son legs, même sur l'allégation que le testament était nul ou rompu par l'agnation d'un posthume, cela n'empêche pas un autre légataire, ou celui à qui la liberté a été léguée, d'agir en vertu de ce testament pour obtenir, la délivrance du legs qui lui a été fait; et cependant il était de principe à Rome, que l'effet des legs dépendait de l'effet de l'institution d'héritier (1), tellement que le jugement qui l'annulait rendait par cela même les legs caducs, et pouvait être opposé aux légataires, sauf à ceux-ci à en appeler, s'il avait été rendu par collusion, ou si l'institué n'avait pas défendu la cause, ou avait été condamné *per injuriam judicis.* C'est ce qui résulte des lois 50, § 1,

(1) Aussi, lorsque l'institué répudiait le testament, les legs et les fidéicommis particuliers devenaient caducs, L. 17, ff. *si quis omissâ causâ testamenti, etc.*; à moins qu'il ne prît la succession comme héritier légitime, ou les biens en vertu du droit prétorien, auxquels cas l'édit du préteur l'obligeait à payer les legs et les fidéicommis, ainsi que le démontre tout ce titre, *si quis omissâ causâ testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.* Mais chez nous, la renonciation du légataire universel ou à titre universel ne fait pas évanouir les legs particuliers, lesquels alors sont acquittés par ceux qui recueillent le biens à leur défaut.

ff. *de legat.*-1° ; 29, ff. *de inoffic. testam.*, et 6, §§ 1 et 2, ff. *de appell. et relationib.* Mais c'est que dans l'espèce de la loi 1re *de except. rei jud.*, ci-dessus citée, le jugement dont il s'agissait n'avait pas été rendu *de hereditate*, il l'avait seulement été *de legato*. Ces mots de la loi : *licet ruptum, vel irritum, aut non justum* DICATUR *testamentum*, ne signifient pas que le testament a été *jugé* nul ou rompu, mais seulement qu'on *a dit* qu'il l'était.

Mais quand bien même chez nous le testament aurait été déclaré nul dans l'instance élevée entre les héritiers légitimes et le légataire universel, ce ne serait pas une raison pour qu'il dût être également réputé nul par rapport aux autres légataires : ceux qui n'ont point été en cause auraient le droit de former tierce opposition au jugement, si on le leur opposait sur la demande en délivrance des legs qui leur ont été faits, encore qu'il n'eût point été rendu par défaut ou par suite d'abandon de la cause, ou qu'ils ne prouvassent point qu'il l'a été par collusion. A plus forte raison, le jugement rendu contre un simple légataire à titre particulier, même sur le fondement que le testament est nul, ne fait-il point préjudice aux autres légataires.

717. Celui qui a été rendu au profit du débiteur sur le fait même de la dette, profite à la caution, L. 21, § *ult. hoc tit*; parce que l'exception de la chose jugée est réelle : en sorte qu'elle profite non seule-

ment à ceux qui ont été parties dans le jugement, mais encore à ceux qui y ont été représentés : or le débiteur représente la caution quant à la dette : aussi les exceptions réelles peuvent-elles être invoquées par la caution (art. 2036).

Toutefois, si le jugement n'avait donné congé au débiteur que sur le fondement d'une exception purement personnelle, par exemple dans le cas de minorité, et que cela y fût exprimé, la caution ne pourrait l'invoquer (art. 2012), encore qu'il n'eût pas spécialement réservé les droits du créancier contre elle : la loi elle-même les réservait dans ce cas.

Si le jugement était rendu contre le débiteur, qui pouvait cependant faire valoir une exception péremptoire, comme la prescription, et qui ne l'a pas fait, il serait bien censé rendu aussi avec la caution elle-même, parce que le débiteur la représente quant à la dette ; mais la caution, contre laquelle on voudrait l'exécuter, pourrait y former tierce opposition, et faire valoir cette exception. L. 62, ff. *de pactis.*, par argument.

De plus, dans le cas même où le débiteur a été justement condamné, si la caution a quelque exception personnelle à faire valoir contre son cautionnement, par exemple sa qualité de femme mariée non autorisée, il est clair qu'elle peut aussi former tierce opposition au jugement.

518. Si c'est contre elle que le jugement a été rendu, il ne fait aucun préjudice au débiteur, qui

n'a même pas besoin d'y former tierce opposition, car on ne peut le lui opposer. En effet, la caution ne représente pas le débiteur, même quant à la dette.

Si c'est en faveur de la caution que le jugement a été rendu, le débiteur non mis en cause, il faut distinguer :

Si le jugement a été rendu sur le seul fait du cautionnement, par exemple parce que le créancier a déféré sur ce point le serment à la caution, qui l'a prêté (art. 1365), ou parce que le créancier n'a pu établir le cautionnement, ou parce que la caution a fait valoir une exception personnelle, telle que la minorité ; alors il est clair que le jugement qui lui a donné congé par l'un ou l'autre de ces motifs ne peut être invoqué par le débiteur principal : ses effets n'ont lieu qu'au profit de la caution, puisqu'il ne porte que sur le cautionnement.

Mais si la caution a été renvoyée de la demande pour avoir prêté le serment qui lui a été déféré par le créancier sur le fait même de la dette : comme l'art. 1365, précité, porte que, dans ce cas, le serment prêté par la caution profite au débiteur principal, il est clair que le jugement rendu en conséquence de ce serment doit par cela même lui profiter ; et c'est ce que veut dire cet article.

Si c'est sur le fondement que la caution a payé la dette, que le jugement a été rendu, il faut aussi décider qu'il peut être invoqué par le débiteur principal ; car c'est comme si c'était un acte de paiement qu'eût la caution ; celle-ci peut se faire

rembourser, et, d'après cela, le débiteur ne peut pas être obligé de payer au créancier, la dette est éteinte par rapport à celui-ci : la caution lui est subrogée.

Mais il y a plus de difficulté lorsque le jugement qui a donné congé à la caution est fondé, ou sur ce qu'il n'y a pas eu de dette, ou sur ce que le débiteur lui-même a payé celle qui existait, ou sur ce que cette dette a été éteinte par la perte de la chose due, ou par la prescription ou toute autre cause étrangère à la caution : car, dans la première hypothèse, comment pourrait-on dire que la personne poursuivie comme caution représentait le débiteur, puisque, suivant elle il n'y avait point de dette, par conséquent point de cautionnement? Et même dans les autres hypothèses, la caution ne représente pas non plus le débiteur; elle ne fait pas une seule et même personne avec lui quant à la dette, comme le débiteur est censé en faire une avec elle. Peu importe que le serment décisoire prêté par elle sur le fait de la dette profite au débiteur; le créaucier, en le déférant, a consenti à reconnaître qu'il n'y aurait effectivement point de dette, s'il était prêté; son aveu est authentique à cet égard. Au lieu que dans les cas où le jugement est rendu sur un autre motif, le créancier n'a pas lui-même reconnu qu'il n'y avait point de dette, bien loin de là : il n'y a donc que la chose jugée; mais la chose jugée ne fait loi qu'entre ceux qui ont été parties dans la cause, ou qui y ont été

représentés par ceux qui avaient qualité à cet effet; or, ce n'est pas ce qu'on peut dire de la caution; car elle ne représente point le débiteur quand elle ne paie pas pour lui.

Cette différence, entre le jugement rendu sur le serment prêté par la caution, et le jugement qui lui a donné congé de la demande pour une autre cause, est clairement établie par les lois 28, § 3, ff. *de jurejurando*, et 52, § 3, ff. *de fidejuss. et mandat.*

Par la première de ces lois, il est décidé que le serment prêté par l'un des débiteurs solidaires (sur le fait de la dette) libère les codébiteurs; et par la seconde, que le jugement qui a donné congé à l'un de ceux qui avaient donné à quelqu'un mandat de prêter de l'argent à un tiers (*mandatores pecuniæ credendæ*), et qui, à ce titre, étaient garans du paiement, à peu près comme des fidéjusseurs ou cautions, ne profite pas aux autres; attendu, comme le dit Cujas sur cette loi, que leurs obligations ne dépendent point de l'engagement de celui qui a obtenu le jugement, quoiqu'elles soient de même nature; et par conséquent que ce qui est réputé vrai à l'égard de ce dernier, ne l'est pas nécessairement à leur égard; de même que lorsque l'un des héritiers du débiteur est renvoyé de la demande, son cohéritier ne peut argumenter du jugement, quoique son obligation soit de même nature : c'est ce qu'on a vu plus haut. Or, il en eût été bien certainement autrement, si le jugement eût été rendu en conséquence du serment prêté.

Par la même raison, le jugement rendu en faveur de l'un des fidéjusseurs, même sur une autre cause qu'une exception purement personnelle, et sauf le cas du serment décisoire, ne profiterait pas aux autres; comme, *vice versâ*, il ne pourrait pas leur être opposé s'il avait été rendu contre lui.

519. Quant aux débiteurs solidaires, il faut aussi distinguer :

Si l'un d'eux a obtenu congé de la demande formée contre lui, sur le fondement du serment par lui prêté sur le fait même de la dette, le jugement peut être invoqué par les autres. Telle est la disposition de l'art. 1365, et de la loi 28, § 3, ff. *de jurejurando*, précitée. Il en doit être de même si le jugement a été rendu sur le fondement du paiement de la dette, soit par ce débiteur, soit par un codébiteur, soit par un tiers; car, dès qu'il y a paiement, la dette est éteinte (art. 1200) : tous sont libérés; or le jugement qui reconnaît qu'il a eu lieu doit avoir le même effet qu'une quittance ou autre acte de paiement produit par ce même débiteur. Enfin, l'on doit décider la même chose si le jugement a été rendu sur le fondement de la compensation opérée entre lui et le créancier, attendu que la compensation équipolle au paiement : c'est un paiement opéré par la loi (1).

Mais s'il a été rendu sur le fondement d'une ex-

---

(1) Voyez tome précédent, n° 431.

ception personnelle au défendeur, comme celle de minorité, ou celle résultant d'une remise avec réserve des droits du créancier contre les codébiteurs (1), ou d'un concordat, ou bien à raison du serment prêté sur le fait seul de la solidarité, il est clair qu'il ne peut être invoqué par les codébiteurs; ses effets sont évidemment tous personnels.

Il y a plus de difficulté lorsqu'il a été rendu sur le fondement qu'il n'y avait pas de dette, ou que la dette était prescrite, ou qu'elle était éteinte par la perte de la chose arrivée par cas fortuit; car dans ces cas, la défense ou l'exception porte sur la dette même, *in rem*, et tous les codébiteurs peuvent invoquer les exceptions de cette nature (art. 1208). Néanmoins, l'on doit décider que celui-là seulement qui a obtenu le jugement fondé sur ces causes, peut en tirer avantage, sauf aux codébiteurs à en faire rendre de semblables à leur profit pour les mêmes causes, s'il y a lieu. Sans doute, l'exception de la chose jugée est réelle, mais elle n'est telle qu'à l'égard seulement de la partie qui a obtenu le jugement, ses héritiers et la personne dont l'obligation dépendrait de la sienne, comme est celle d'une caution; mais elle n'a pas lieu au profit de celui qui est étranger au jugement, quoique son engagement soit de même nature que l'engagement de celui qui l'a obtenu. Entre les débiteurs soli-

---

(1) Cas dans lequel la dette n'est éteinte que pour la part seulement de ce débiteur. (Art. 1285.)

daires, ainsi que nous l'avons dit en traitant de ces sortes d'engagemens, il n'y a bien qu'une seule obligation *quoad rem*, mais *quoad personas*, il y en a autant qu'il y a de personnes obligées. Et telle est certainement la raison pour laquelle Papinien, dans la loi 52, § 3, ff. *de fidej. et mand.*, dit que les *mandatores pecuniæ credendæ* ne sont libérés que par le paiement, et non par le congé de la demande formée contre l'un d'eux (1) : *Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secutâ non liberantur; sed omnes liberantur pecuniâ solutâ.* Si donc l'obligation de l'un des codébiteurs est indépendante de celle de l'autre, le jugement rendu au profit de l'un d'eux ne profite qu'à lui, sauf les exceptions dont nous avons parlé, mais exceptions motivées sur des circonstances particulières, ou sur la nature même des obligations solidaires.

520. De ce que le jugement rendu au profit de l'un des codébiteurs sur le serment par lui prêté sur le fait même de la dette, ou qui l'a déclarée payée

---

(1) Il n'en était toutefois pas ainsi à l'égard des *correi debendi*, ni à l'égard des *cofidejussores*, et du débiteur et du fidéjusseur : au temps de Papinien, même le simple choix que le créancier faisait de l'un d'eux, en le poursuivant, libérait les autres, par l'effet de la novation qui résultait de la litis-contestation; et Cujas, sur cette loi 52, ff. *de fidejuss. et mandat.*, donne la raison de cette différence, qu'il importerait peu de reproduire ici, et qui fut d'ailleurs abrogée par Justinien, dans la loi dernière, au Code, *de fidejuss. et mandat.*, ainsi que nous avons déja eu occasion de le faire remarquer, au tome XI, n° 215.

ou prescrite, profite aux autres, il n'en faut pas conclure, en sens inverse, que celui qui a été rendu au profit du créancier contre l'un des débiteurs qui n'avait pas mandat de ses codébiteurs pour défendre la cause, fait loi pour ceux-ci : dans le cas où on le leur opposerait, ils seraient bien fondés à y former tierce opposition, attendu qu'ils n'ont point été représentés dans l'instance par leur codébiteur. Les débiteurs solidaires se donnent bien tacitement l'un l'autre le mandat de payer la dette, mais non de plaider pour tous (1). L'un des codébiteurs ne peut-il pas d'ailleurs avoir une exception personnelle à faire valoir, comme sa minorité, etc. ? De plus, où est la preuve qu'il est solidairement tenu de cette dette ? il n'y a qu'un jugement, auquel il a été étranger, et dire que ce jugement est obligatoire aussi pour lui, c'est dire qu'il est solidairement obligé, et c'est décider ce qui est en question. Dès que, dans les obligations solidaires, et sous le rapport des personnes, il y a autant d'obligations qu'il y a d'obligés, il est donc vrai de dire que ce qui a été jugé avec l'un d'eux n'est pas censé jugé avec l'autre, puisque *mutatio personarum, cum quibus singulis nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.*

Toutefois la prescription interrompue contre le débiteur en cause, par la demande formée contre

---

(1) On cite toutefois un arrêt contraire de la Cour de Paris, du 20 mars 1809, inséré au *Journal du Palais,* 1er semestre 1809. Voët et le président Fabre sont de notre avis.

lui, sera interrompue aussi contre les autres, en vertu de l'article 1206.

521. Quant aux créanciers solidaires, puisque le serment déféré par l'un d'eux au débiteur, ou la remise qu'il lui a faite, n'a effet que pour la part de ce créancier (art. 1365 et 1198), on doit décider, comme nous l'avons fait au tome XI, n° 179, que le jugement rendu sur l'une ou l'autre de ces causes, au profit du débiteur contre ce créancier, ne le libère que pour la part de celui-ci. Mais, quoique fondé sur une autre cause, il devrait avoir l'effet d'une remise par rapport à lui, en vertu de l'adage *in judicio quoque contrahimus* : en conséquence, il doit libérer le débiteur pour la part de ce créancier dans la dette. Quant à la part des autres, c'est *res inter alios judicata*, etc.; car les créanciers n'ont pas, par la nature de la créance, qualité pour plaider les uns pour les autres, puisqu'ils ne l'ont pas pour remettre la dette, ni pour déférer le serment. En traitant de cette matière, nous avons expliqué ce que chacun d'eux pouvait faire et ce qu'il ne pouvait faire avec effet quant aux autres.

Et, *vice versâ*, le jugement rendu sur la demande de l'un d'eux ne profite pas aux autres, si ce n'est toutefois que la demande a interrompu la prescription à leur profit, conformément à l'art. 1199.

522. Un débiteur a successivement hypothéqué un immeuble à Primus, à Secundus et à Tertius. Ce dernier a contesté la validité de l'hypothèque

de Primus, ou seulement la priorité de rang à son égard, et il a obtenu un jugement qui a acquis l'autorité de la chose jugée. On peut aussi supposer qu'il avait contesté la validité de l'hypothèque de Secundus, ou sa priorité de rang; qu'il avait également obtenu un jugement, mais que Secundus en ayant appelé, ce jugement a été réformé, tandis que Primus n'a pas appelé de celui qui le concernait, ou bien a succombé aussi en appel. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 16, ff. *qui potiores in pign. vel hypoth. habeantur*, discute la question de savoir si Tertius peut prétendre avoir la priorité d'hypothèque sur Secundus, attendu qu'il l'a, par l'effet du jugement, sur Primus, qui l'a lui-même sur Secundus, et il décide, avec beaucoup de raison, la question par la négative. En conséquence, si, en conformité du jugement, Tertius revendiquait l'objet du gage sur Primus, rien n'empêchait Secundus de le revendiquer sur lui Tertius, et, suivant le système des lois romaines, d'en empêcher la vente tant qu'il n'était pas payé, ou que le montant de sa créance ne lui était pas offert.

Il est bien vrai, et c'est là une objection que se fait le jurisconsulte, que si Tertius eût payé Primus, il aurait été à son lieu et place, et alors Secundus n'eût pu revendiquer sur lui l'objet du gage; mais il ne l'a pas payé; seulement *superavit illum in judicio*. Et peu importe aussi qu'il se trouve avoir la préférence sur lui Primus, et que celui-ci l'eût lui-même sur Secundus : l'adage *si vinco vincentem te*,

à fortiori vincam te, n'est applicable que lorsque la cause qui donne à l'un la préférence sur un autre est la même que celle qui la donne à celui-ci sur un troisième : alors le premier, qui l'emporte sur le second, l'emporte effectivement sur le troisième ; et tel est le cas de la priorité de date en fait d'hypothèque. Mais dans l'espèce, ce qui donne la préférence à Tertius sur Primus, c'est seulement le jugement, et ce qui la donne à Secundus sur lui Tertius, c'est la date de son hypothèque : or, ce jugement est à l'égard de Secundus *res inter alios judicata, quæ aliis nec prodest nec nocet;* et c'est ce que dit textuellement le jurisconsulte.

Aussi, dans le cas où le produit de l'immeuble ne suffirait pas pour payer aussi la seconde créance, et où par conséquent Secundus aurait intérêt à invoquer le jugement rendu contre Primus au profit de Tertius, il ne le pourrait pas. Vainement dirait-il qu'ayant la priorité sur Tertius, qui se trouve l'avoir lui-même sur Primus, il doit l'avoir aussi sur celui-ci. C'est pareillement ce que décide Paul.

Dans notre droit, où tout créancier hypothécaire peut, à défaut de paiement, poursuivre la vente des biens hypothéqués, l'intérêt de la question ne se présente pas absolument sous la même face que dans le droit romain; mais elle a toujours beaucoup d'importance relativement à l'ordre qu'il y aura à suivre dans la distribution du prix des biens vendus, dans le cas où ce prix ne suffirait pas à payer tous les créanciers hypothécaires; ce

qu'il faut même généralement supposer pour qu'elle puisse s'élever ; car, dans le cas contraire, les créanciers n'auront pas d'interêt à se contester la validité ou la priorité de leur hypothèque. Et voici comment, en pareil cas, l'on devrait procéder à la distribution de ce prix. Le premier créancier en date sera aussi le premier colloqué, mais le troisième, qui a obtenu contre lui le jugement dont il s'agit, prendra le montant de sa créance, ou jusqu'à due concurrence, sur le montant de cette collocation ; le second viendra ensuite ; et enfin le troisième, s'il n'a pas été payé en totalité avec la collocation du premier, et s'il reste quelques fonds après les deux premières collocations.

Par exemple, s'il est dû 10,000 fr. à Primus, 15,0000 fr. à Secundus, et 20,000 fr. à Tertius, et que l'immeuble ait produit 40,000 fr., Tertius prendra les 10,000 fr. qui doivent être attribués à Primus, Secundus recevra ses 15,000 fr., et Tertius encore 10,000 fr. sur les 15,000 fr. restans ; en sorte que Primus perdra 5,000 fr. Il ne peut pas se plaindre de ce que Secundus, qui lui est postérieur en ordre d'hypothèque, soit payé intégralement quand lui Primus ne l'est pas ; car la perte qu'il éprouve résulte du jugement qu'a obtenu contre lui Tertius, et Secundus reste toujours dans la même position : il eût été payé intégralement dans l'espèce sans ce jugement, et il l'est en effet.

Que si l'on suppose que c'était à lui Primus qu'il était dû 20,000 fr., et à Tertius seulement 10,000,

et toujours à Secundus 15,000 fr., Tertius prendrait ses 10,000 fr. sur la collocation de Primus, Secundus ensuite ses 15,000 fr., et Primus les 5,000 fr. restans, et il perdrait pareillement 5,000 fr.

Et si l'immeuble n'a rendu que 20,000 fr. seulement : dans la première hypothèse, Primus, créancier de 10,000 fr., sera bien aussi colloqué en premier lieu; mais Tertius, créancier de 20,000 fr., les lui enlèvera par l'effet du jugement; Secundus prendra les 10,000 fr. restans, et perdra ainsi 5,000 fr.; Primus perdra les 10,000 fr. qui lui étaient dus, et Tertius aussi 10,000 fr. Dans la seconde hypothèse, Tertius prendra ses 10,000 fr. sur les 20,000 fr. montant de la collocation de Primus, et Secundus n'aura rien, puisqu'en effet il n'aurait rien eu non plus si le jugement n'avait pas eu lieu; or, ce jugement ne doit pas plus lui profiter que lui nuire. C'était à lui d'en faire rendre un semblable, s'il était en droit de le faire, auquel cas il eût été colloqué avant Primus, et Tertius n'aurait pas eu à prendre le montant de sa créance sur la collocation qui lui était attribuée, à lui Primus.

523. Par l'effet du même principe, si je forme demande en revendication contre Pierre et Paul, qui possèdent en commun un fonds que je prétends m'appartenir; que jobtienne jugement, mais que l'un d'eux seulement en interjette appel, et que le jugement soit réformé sur l'appel, je serai à la place de l'autre; car l'appel n'a dû profiter qu'à ce-

lui qui l'a formé. Quant à l'autre, l'autorité de la chose jugée a toute sa force à mon profit.

524. La loi 30, ff. *de liberali causâ*, suppose que deux personnes se prétendant propriétaires chacune pour moitié d'un individu qu'elles considéraient comme leur esclave, ont formé, chacune en particulier, demande en reconnaissance de leur droit, afin d'avoir l'homme en question comme esclave : cet homme a été déclaré libre sur la demande de l'une d'elles, mais esclave sur la poursuite de l'autre. Julien rapporte que le sentiment de Sabinus et de Cassius était que l'individu devait être considéré comme esclave par rapport à celui qui l'avait fait juger tel, et c'était aussi l'avis de Julien; mais cependant, ajoute-t-il, comme il serait absurde que cet homme fût considéré comme esclave seulement pour partie et libre pour partie, il vaut mieux, *et favore libertatis*, dire qu'il est libre, à la charge toutefois par lui de payer la moitié de ce qu'il vaudrait s'il était esclave, et à dire d'experts. On trouve une semblable décision dans la loi 29, *princip.* ff. *de except. rei judicatæ.*

525. Et dans le cas où, sur la demande d'un créancier d'un défunt, le successible de celui-ci a été condamné comme héritier, ce jugement doit sans doute être exécuté, s'il est passé en force de chose jugée; mais il ne fait loi que pour celui qui l'a obtenu, et seulement par rapport à la chose qui a fait l'objet du procès. A l'égard d'un autre objet ou d'un

autre créancier, il ne décide absolument rien quant à la qualité d'héritier. Les autres créanciers ne pourront prétendre, en invoquant l'art. 800 du Code civ., et l'art. 174 du Code de procédure, que celui qui a été condamné est héritier; car ces articles statuent par rapport au créancier qui a obtenu le jugement; à l'égard de tous autres, c'est l'art. 1351 qui est la véritable règle à suivre. Peu importe la prétendue indivisibilité des qualités qui cesserait par le résultat des jugemens contraires qui seraient rendus: c'est aux autres créanciers, s'ils le peuvent, à en faire rendre de semblables en leur faveur, en se fondant, s'ils le veulent, sur les mêmes faits que ceux qui ont servi de base au premier pour décider que le successible avait fait acte d'héritier: mais aussi, sauf aux juges à examiner si ces faits constituaient réellement la prise de qualité d'héritier. Comme c'est un point que nous avons discuté avec étendue au titre *des successions*, tome VII, nº 25, nous y renvoyons pour éviter de répéter les motifs de cette décision.

526. Et par la même raison, nous renvoyons au titre *de la paternité et de la filiation*, (tome III, nº 102), relativement aux jugemens rendus sur des questions d'état. On y verra l'analyse d'un arrêt de la Cour d'Angers, du 11 avril 1821 (1), par lequel un enfant qui avait précédemment été jugé enfant illégitime par rapport à ses parens paternels, a

---

(1) Sirey, 1822-2-177.

néanmoins ensuite été jugé enfant légitime par rapport aux parens de sa mère, sans que cette contrariété de jugemens pût être levée soit par la voie de la requête civile, soit par celle de cassation; car ils n'avaient pas été rendus entre les mêmes parties.

Nous y citons aussi (en note) un arrêt de cassation d'une décision de la Cour de Poitiers, rendu en conformité de la rigueur du principe que les jugemens ne font loi qu'entre ceux qui ont été parties dans la cause, ou leurs représentans, quelqu'indivisible qu'on puisse supposer la matière. Dans l'espèce, deux jugemens condamnent la dame Voyneau, pendant l'émigration de son mari, à reconnaître un enfant comme né de son mariage avec le sieur Voyneau, et à lui fournir, à ce titre, les alimens nécessaires. De retour en France, Voyneau refuse de reconnaître cet enfant; il se pourvoit par tierce opposition aux jugemens, comme lui préjudiciant, et comme n'y ayant pas éte représenté. La Cour de Poitiers le déclare non recevable, sur le fondement de l'autorité de la chose jugée, attendu l'indivisibilité de la qualité d'enfant; mais son arrêt fut cassé (1) comme violant le principe que la chose jugée ne fait autorité qu'entre les parties au procès, et vu que dans l'espèce le sieur Voyneau n'avait point été représenté par son épouse. De sorte que si, sur le renvoi qui a eu lieu à une autre

(1) 6 janvier 1809. Sirey IX, 1-49.

Cour, Voyneau a gagné son procès, ainsi que cela est à présumer, on aura vu, comme dans la précédente affaire, un individu être enfant légitime par rapport à sa mère et aux parens de celle-ci, et bâtard adultérin par rapport à celui qui était le mari de sa mère à l'époque de sa naissance.

527. D'après ces principes, si Paul, après la mort de Jean, se présente comme son enfant légitime, et fasse juger son état contradictoirement avec Pierre, fils de Jean, et obtienne, à ce titre, la moitié de la succession de ce dernier, mais que Charles, autre fils de Jean, que l'on croyait mort, tandis qu'il était prisonnier de guerre, reparaisse après que le jugement a eu acquis l'autorité de la chose jugée, et prétende que Paul est étranger à la famille, on doit décider, dans ce cas, que ce jugement, comme *res inter alios acta*, ne peut être opposé à Charles, ou du moins que celui-ci est recevable à y former tierce opposition, même sans être tenu de prouver qu'il a été rendu par collusion. Aussi l'article 100 du Code civil porte-t-il que les jugemens en rectification des registres de l'état civil ne pourront être opposés à ceux qui ne les auront point requis ou qui n'y auront pas été parties.

Peu importe que ce soit la même question qu'il y aura ensuite à juger sur la tierce opposition, et la contrariété des jugemens qui pourra en résulter sur un fait qui est cependant indivisible en soi; car, Pierre, dans l'espèce, ne représentait pas plus

Charles dans ce jugement, qu'un héritier, dans les causes ordinaires, ne représente son cohéritier : leur intérêt était semblable, sans doute, mais il était principal pour l'un comme pour l'autre.

Autre chose serait si c'était avec Jean, son père, que Paul eût fait juger son état : le jugement rendu alors avec le seul contradicteur légitime ferait loi pour toute la famille, même pour les collatéraux, et dans la succession de ceux-ci, attendu qu'il serait déclaratif de ce fait, que Paul est fils de Jean ; et ce fait aurait été déclaré avec celui qui avait qualité pour le contredire avec toutes les conséquences de droit, puisque, chef de la famille, il la représentait tout entière (1).

Mais Pierre, dans le cas dont il s'agit, n'est qu'un membre de cette famille ; il ne représentait point Charles au procès ; sa mauvaise défense ne doit donc point nuire à celui-ci, dont le droit était tout aussi principal que le sien. En conséquence, si, sur la tierce opposition, Charles obtient un jugement contraire, qui passe également en force de chose jugée, par défaut d'appel ou par confirmation en appel, il devra avoir la moitié de la succession de Jean.

Mais, d'un autre côté, comme le jugement doit conserver ses effets entre les parties (car qui pourrait, légalement parlant, dire quel est celui des deux jugemens qui a été bien rendu?), et que par

(1) Voyez tome III, n° 347.

cela même Paul et Pierre se trouvent avoir des droits égaux, ils devront partager l'autre moitié de l'hérédité par égales portions.

Quant au nom de famille, il y a plus de difficulté, vu l'indivisibilité absolue. On devrait, selon nous, décider en faveur de la légitimité, comme à Rome, dans des cas analogues, on décidait en faveur de la liberté, ainsi qu'on l'a vu plus haut.

528. Enfin, quant aux servitudes, le droit romain décidait que si l'un des copropriétaires d'un fonds auquel il était dû une servitude sur le fonds voisin, avait agi seul contre le propriétaire de ce dernier fonds, et avait perdu le procès par sa faute, le jugement ne devait pas nuire aux autres : *Si de communi servitute quis benè quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpâ suâ, non est æquum hoc cæteris damno esse ;* L. 19, ff. *si servit. vindic. :* ce qui reviendrait à dire chez nous qu'ils peuvent y former tierce opposition. C'est en effet ce que nous croyons, et Barthole interprète cette loi en ce sens. Mais elle ajoute que si c'est par collusion avec l'autre partie que le demandeur a perdu le procès, les copropriétaires ont contre lui l'action *de dolo : Sed si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo Cassius scripsit.* C'est-à-dire, comme l'interprète la Glose, que les copropriétaires feront réparer le préjudice souffert *ex capite doli*, lorsque le partage du fonds aura lieu, sur l'action *communi dividundo.*

Toutefois cette distinction ne serait pas suivie chez nous, car, à plus forte raison, la tierce opposition des copropriétaires serait-elle admise si le jugement avait été rendu par collusion.

Mais en sens inverse, comme l'un des associés peut améliorer la chose commune ; qu'il est même censé avoir mandat à cet effet de ses cointéressés, on devrait décider que le jugement obtenu par l'un des copropriétaires du fonds, et par lequel il serait reconnu que ce fonds a un droit de servitude sur le fonds voisin, profite aussi aux copropriétaires. La stipulation d'une servitude par l'un des propriétaires serait valable dans notre droit, ainsi que nous l'avons dit précédemment (1), par application de l'article 1121, en citant à l'appui le sentiment de Voët; or, le jugement doit avoir le même effet, parce que *in judicio quoque contrahimus*.

§ III.

Des présomptions qui ne sont point établies par la loi, et qui sont abandonnées à la sagesse du magistrat.

SOMMAIRE.

529. *Texte de l'art.* 1353.

530. *Les derniers mots de cet article ne veulent pas dire que la preuve par témoins n'est pas admissible pour prouver la fraude ou le dol.*

531. *Dans tous les cas où la preuve testimoniale serait admis-*

(1) Tome V, nos 467 et 551.

sible, le juge peut se décider par le secours des présomptions que la loi abandonne à ses lumières.

532. *L'appréciation de leurs caractères est dans le domaine du juge, dont la décision à cet égard est à l'abri de la censure de la Cour de cassation.*

533. *Elles doivent être graves, précises et concordantes.*

529. « Les présomptions qui ne sont point établies par une loi spéciale, porte l'art. 1353, sont « abandonnées aux lumières et à la prudence du « magistrat, qui ne doit admettre que des pré- « somptions graves, précises et concordantes, et « dans les cas seulement où la loi admet les preuves « testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué « pour cause de fraude ou de dol. »

530. De ces derniers mots, *à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol*, il ne faut toutefois pas conclure que la preuve par témoins n'est point admissible dans les cas où l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol; ce serait une erreur, que nous avons déja repoussée en traitant du *dol*, au tome X, nº 196. Nous y avons fait sentir le vice de rédaction de l'article, en démontrant, par les autorités les plus graves, que la preuve des faits de fraude comme des faits de violence, peut se faire par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, aussi bien au civil que devant les tribunaux correctionnels. Sans doute il était bien inutile d'ajouter ces mots; car, comme la preuve par témoins est reçue pour prouver le dol ou la fraude, puisque la partie lésée

n'a pu s'en procurer une preuve écrite, il est clair que dès que le juge pouvait se décider par le secours de présomptions graves, précises et concordantes dans les cas où les preuves testimoniales sont admissibles, il devait le pouvoir par cela même dans ceux où l'acte serait attaqué pour cause de dol ou de fraude : cela allait de soi.

531. Il faut, au surplus, bien remarquer que l'article ne dit pas que le magistrat pourra se décider par le secours de présomptions graves, précises et concordantes dans les cas où l'objet de la contestation n'excèdera pas 150 francs, somme au delà de laquelle, en principe, la preuve par témoins n'est pas reçue; sa disposition à cet égard est beaucoup plus générale : elle lui permet indistinctement de se décider par leur secours dans les cas où la loi admet les *preuves testimoniales;* or, elle les admet, par exception, dans d'autres cas que ceux où l'objet de la contestation n'excède pas 150 francs, puisqu'elle les admet dans tous ceux où il y a un commencement de preuve par écrit, et dans tous ceux aussi où il n'a pas été possible à la partie de se procurer une preuve littérale. En se servant de ces expressions au pluriel, *les preuves testimoniales*, l'article démontre évidemment que l'on a voulu comprendre tous les cas où la preuve par témoins serait recevable (1).

---

(1) Voyez en ce sens l'arrêt de rejet du 18 mai 1806. *Denevers*, tome IV, pag. 388; et *Journal du Palais*, tome XV, pag. 157.

532. Il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes ; mais l'appréciatioon de leurs caractères est évidemment dans le domaine du juge, dont la décision à cet égard pourrait bien être réformée en appel comme un *mal jugé*, mais serait à l'abri de la censure de la Cour de cassation ; à la différence du cas où le juge se serait déterminé par leur secours dans des espèces où la loi n'autorisait pas l'admission de la preuve testimoniale. Dans ces cas il y aurait violation de la loi, et la décision devrait être réformée par la Cour suprême, si elle lui était déférée, quelque graves, précises et concordantes que fussent d'ailleurs les présomptions (1).

533. Pour être *grave*, une présomption doit reposer sur un fait connu, dont le magistrat ait à tirer le fait inconnu. Mais si le fait sur lequel on la fonde est lui-même incertain, la présomption n'est plus grave.

Une présomption cesserait d'être *précise* si elle était vague et susceptible de s'appliquer à plusieurs circonstances, et de faire naître ainsi des conjectures diverses.

Enfin les présomptions, pour être *concordantes*, doivent toutes reposer sur des faits qui ont du rapport entre eux, et il faut surtout que l'une ne détruise pas l'autre, en en contrebalançant la force ;

---

(1) Voyez l'arrêt de cassation du 1er mai 1815. Sirey, 15-1-277.

car alors, se neutralisant réciproquement, il ne resterait rien pour guider le magistrat.

La loi *Procula*. 26, ff. *de probat. et præsumpt.*, que nous avons déja eu occasion de citer (1), fournit un exemple remarquable de présomptions graves, précises et concordantes.

SECTION IV.

De l'aveu de la partie.

SOMMAIRE.

534. *L'aveu opposé à une partie est de deux sortes.*

534. L'aveu est la déclaration par laquelle une partie reconnaît le droit ou l'exception de l'autre, ou quelque fait qui s'y rapporte.

L'aveu qui est opposé à une partie est de deux sortes :

L'aveu extrajudiciaire,

L'aveu fait en justice. (Art. 1354.)

Nous traiterons de chaque espèce d'aveu en particulier.

§ Ier.

De l'aveu extrajudiciaire.

SOMMAIRE.

535. *Quel est l'aveu extrajudiciaire.*

536. *L'allégation d'un aveu purement verbal ne peut être prouvée par témoins qu'autant que ce serait un cas où cette preuve serait admissible.*

---

(1) Tome XII, n° 370.

537. *Comment cela doit être entendu.*

538. *Distinction de Dumoulin entre l'aveu fait à la partie devant des tiers, et la déclaration faite à des tiers en l'absence de la partie.*

539. *Pothier faisait une autre distinction, et n'adoptait pas pleinement celle de Dumoulin.*

540. *Le Code ne paraît pas avoir admis ces distinctions.*

541. *Analyse de la décision de Pothier, qui souffre difficulté dans l'une de ses parties.*

542. *Pour que l'aveu fasse preuve, il faut que celui qui l'a fait fût capable de le faire.*

543. *L'aveu fait au profit de celui auquel la personne qui l'a fait ne pouvait donner, ne fait que difficilement preuve à l'égard des héritiers de cette personne.*

544. *L'aveu tacite a le même effet que l'aveu formel : ainsi le paiement est un aveu tacite de la dette.*

535. L'aveu extrajudiciaire est celui qui a lieu hors justice, soit dans une conversation, soit par lettre missive, soit dans quelque acte qui n'avait pas pour objet de servir de preuve du fait maintenant contesté ; car pour les déclarations faites dans des actes authentiques ou privés, ou même dans les papiers domestiques des parties, et qui ont pour objet de constater des obligations ou des paiemens, il en a été parlé précédemment ; et ce n'est pas de ces cas que s'occupe le législateur dans cette section du Code, quoique, du reste, l'on puisse dire également, dans un sens plus étendu, plus général, que ces déclarations sont aussi des aveux.

536. L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal, est inutile toutes les fois qu'il s'agit

d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible. (Art. 1355.)

Sans cela, rien ne serait plus aisé que d'éluder les règles sur les preuves par témoins : au lieu de demander à prouver par témoins que je vous ai prêté 300 fr., par exemple, dans telle circonstance, je demanderais à prouver de cette manière que vous avez déclaré avoir reçu de moi cette somme à titre de prêt, et que vous étiez encore mon débiteur à cet égard. Du reste, il n'est pas parfaitement exact de dire que, dans ce cas, l'aveu est *inutile;* car le serment pourrait être déféré sur ce même aveu : il est seulement inutile en ce sens que la preuve par témoins ne peut en être admise.

537. Mais lors même que la somme excèderait 150 fr., si la preuve testimoniale était admissible, parce que l'on serait dans un des cas d'exception à la règle générale, l'aveu de la dette, quoique purement verbal, pourrait être prouvé par témoins, à la charge de prouver d'abord le cas d'exception. C'est là une conséquence nécessaire de l'art. 1355 et des principes sur la preuve testimoniale. Ainsi, s'il y avait commencement de preuve par écrit d'une dette de 300 fr., par exemple, et aveu extrajudiciaire purement verbal devant témoins, la preuve de cet aveu par les témoins serait incontestablement recevable. Il en serait de même de l'aveu verbal d'un dépôt nécessaire, ou d'une dette pour délit ou quasi-délit, ou gestion d'affaire, ou d'une dette

contractée dans un cas d'accident imprévu, où l'on n'a pas pu faire un acte ; mais toujours à la charge de prouver d'abord le fait qui donne lieu à l'exception.

538. Dumoulin (1) distinguait l'aveu ou confession faite à la partie ou à celui qui la représente, comme son tuteur, son procureur, en présence de témoins, de l'aveu fait à des tiers hors la présence de la partie. Selon lui, l'aveu, dans le premier cas, fait preuve complète, s'il est prouvé ; mais il ne peut l'être par témoins, s'il est purement verbal, que lorsque la preuve par témoins est admissible. Dans le second cas, l'aveu ne fait qu'une preuve imparfaite, qui a besoin d'être complétée par le serment supplétoire.

539. Pothier faisait une autre distinction. Si, dit-il, mon débiteur est convenu extrajudiciairement me devoir une certaine somme, et qu'assigné pour la payer, il nie me la devoir, l'aveu qu'il a fait devant témoins établit la dette, sans qu'il puisse être ensuite écouté à alléguer sans preuve qu'il l'a payée. Son mensonge ne permet pas qu'on ajoute foi à son assertion actuelle. Mais s'il convient m'avoir effectivement dû cette somme, et qu'il assure me l'avoir payée depuis l'aveu qu'il a fait devant témoins, il doit être renvoyé de la demande, soit que l'aveu eût été fait à des tiers, soit qu'il l'eût été à moi, dans une conversation devant témoins, et même dans

(1) *Ad legem 3, ff. rebus creditis.*

une lettre, ou tout autre acte qui n'était pas destiné à me servir de titre ou de preuve.

Et quant à ce que dit Dumoulin, que l'aveu fait à des tiers ne fait pas pleine preuve même dans les cas où la preuve par témoins est admissible, Pothier, d'après Guthièrez, décide qu'il en doit être autrement dans certains cas : « Par exemple, dit-il, « si un malade fait venir deux personnes, auxquelles, « dans la crainte où il est d'être surpris par la mort, « il déclare qu'il me doit une somme de 100 livres, « que je lui ai prêtées sans billet, une telle confes- « sion, quoique faite à des tiers, me paraît devoir « faire une preuve complète de la dette.

« Il en est de même lorsque mon débiteur, dans « un inventaire pour dissoudre une société, com- « prend dans le passif la dette dont il est tenu en- « vers moi, quoique la confession ait été faite hors « de ma présence. »

A plus forte raison, ajoute-t-il, si un créancier a avoué à des tiers, sur la réquisition du débiteur ou d'une personne chargée par lui à cet effet, avoir reçu un paiement, cet aveu fait-il pleine foi contre lui.

Plusieurs docteurs pensent même que l'aveu du paiement fait par le créancier à des tiers, hors la présence du débiteur, fait une preuve complète; Guthièrez pense qu'il ne fait qu'une preuve incomplète, qui aurait besoin d'être confirmée au moins par le serment supplétoire; et Pothier dit que cela dépend beaucoup des circonstances.

Enfin Perez, *ad Codicem*, *tit. de confessis*, n° 17,

dit que, suivant l'opinion commune, l'aveu, en général, fait à des tiers en l'absence de la partie, fait bien une semi-preuve, mais qu'il faut encore que la dette ou le paiement aient été circonstanciés, que la cause en ait été expliquée devant eux.

540. Ces distinctions entre l'aveu fait à la partie en présence de témoins, et celui qui a été fait à des tiers hors sa présence, nous paraissent inadmissibles dans le droit actuel : l'article 1355 ne les fait point; seulement il écarte la preuve par témoins d'un aveu purement verbal toutes les fois que la preuve testimoniale elle-même ne serait pas admissible, ce qui est parfaitement raisonnable, mais voilà tout. Il faut en effet bien se garder de confondre l'aveu d'une dette fait devant des tiers, en présence ou hors la présence du créancier, avec une stipulation au profit d'un tiers : l'aveu ne produit lui-même aucun droit nouveau; il n'est que la déclaration de celui qui existe déja; la stipulation, au contraire, a pour objet de faire naître un droit; or, régulièrement une stipulation ne profite pas aux tiers : on ne peut, en général, stipuler que pour soi-même et ses héritiers (art. 1119, 1122 et 1165 combinés); sauf les exceptions établies à l'art. 1121, et dans quelques autres cas encore, que nous avons expliqués en analysant cet article, au tome X.

Nous concluons donc que la distinction de Dumoulin, admise aussi par beaucoup de docteurs,

n'est pas fondée aujourd'hui, et qu'ainsi l'aveu, quoique fait hors la présence de la partie, fait pleine preuve, soit qu'il s'agisse de l'obligation, dont la cause aussi aurait été déclarée, soit qu'il s'agisse du paiement; mais toutefois qu'il ne pourra être prouvé par témoins, s'il est purement verbal, que dans les cas seulement où la preuve testimoniale serait admissible.

541. Et quant à la distinction de Pothier, nous pensons bien, avec lui, que si un débiteur, après avoir avoué sa dette devant témoins, soit en présence, soit en l'absence du créancier, nie ensuite en justice avoir contracté cette même dette, et qu'elle soit prouvée par la déclaration des témoins; nous pensons bien, disons-nous, qu'il ne doit pas être écouté à alléguer sans preuve qu'il l'a payée, car elle est établie par la déposition des témoins; et sa dénégation mensongère ne permet pas d'avoir foi à son assertion actuelle touchant le prétendu paiement de la dette. Il n'y a pas lieu de dire ici que l'aveu ne doit pas être divisé : c'est au contraire le cas de la règle que celui qui se prétend libéré doit justifier du fait qui a produit sa libération. (Art. 1315.)

Mais il y a quelque difficulté dans la seconde partie de la décision de Pothier, quand il dit que si, après l'aveu de la dette fait devant témoins, le débiteur assigné en paiement convient avoir dû

la somme, mais assure l'avoir payée depuis l'aveu qu'il avait fait de cette dette, il doit être renvoyé de la demande, soit que l'aveu eût été fait à des tiers, soit qu'il l'eût été au créancier dans une conversation devant témoins, soit dans une lettre, ou tout autre acte qui n'était pas destiné à servir de titre et de preuve au créancier. Il n'y en aurait pas assurément si la déclaration du débiteur devant les tiers eût porté tout à la fois sur le paiement et l'emprunt, par exemple, comme lorsque quelqu'un avoue en justice avoir effectivement reçu du demandeur un prêt ou un dépôt, mais déclare en même temps l'avoir restitué : dans ce cas, nul doute en effet qu'il ne fallût prendre l'aveu dans son entier. Mais dans l'espèce donnée par Pothier, les choses ne se sont point passées ainsi : l'aveu fait devant les témoins n'est relatif qu'à la dette, qui se trouve ainsi prouvée par la déposition des témoins; or, le paiement d'une dette justifiée a besoin de l'être aussi, puisque celui qui se prétend libéré doit justifier du fait qui a produit sa libération; et ici il n'y a que sa dénégation. Il est vrai que ce n'est que par son aveu devant les témoins que le créancier a acquis la preuve de sa demande, mais ce fait est un fait accompli, indépendant de ce qui a pu avoir lieu ensuite; et il a pu avoir lieu d'ailleurs dans des circonstances où le débiteur ne pouvait peut-être guère faire autrement que de reconnaître la dette; ce qui est une réponse à l'ob-

jection tirée de ce que s'il a été d'assez bonne foi pour l'avouer, on doit l'en croire aussi lorsqu'il dit l'avoir payée.

D'un autre côté, on peut dire que, dans la plupart des cas, l'aveu du débiteur sera spontané, et que dès lors prouvant sa bonne foi, on ne doit pas supposer que ce même débiteur a ensuite changé de conduite, et qu'il veuille aujourd'hui, en alléguant un paiement qu'il n'aurait pas fait, se dispenser de payer une dette légitime qu'il a précédemment reconnue sans que rien l'y obligeât. L'on peut ajouter que, nonobstant son aveu, il n'a pas dû naturellement demander un reçu du paiement d'une dette pour laquelle le créancier s'en était rapporté à sa bonne foi. Autre chose, sans doute, serait si la dette avait d'abord été contractée devant témoins, parce qu'alors le créancier se trouvait avoir une preuve, et rien n'eût raisonnablement empêché le débiteur ou de retirer un reçu ou bien de payer aussi devant témoins. Mais le cas en question est bien différent; aussi, tout bien examiné, nous pensons que la solution de la question dépendrait beaucoup des circonstances de l'affaire. Mais, en thèse générale, nous nous rangeons volontiers au sentiment de Pothier.

542. Pour que l'aveu fasse preuve, il est nécessaire que celui qui l'a fait fût alors capable de s'obliger pour l'objet auquel se rapporte l'aveu. Ainsi l'aveu d'un mineur ou d'une femme mariée non

autorisée de son mari, ne ferait foi que sous les distinctions que nous avons établies en traitant de la capacité de ces personnes.

543. L'aveu fait par quelqu'un fait bien preuve contre ses héritiers; mais, dit Pothier, si quelqu'un avait confessé devoir à une personne à laquelle les lois lui défendaient de donner, cet aveu ne ferait pas preuve contre ses héritiers, à moins que la cause de la dette ne fût bien circonstanciée; car, *qui non potest donare, non potest confiteri.* Cependant, comme la somme, pour que l'aveu puisse être prouvé par témoins, doit généralement être peu importante, les tribunaux auraient à examiner les circonstances de la cause.

544. L'aveu tacite a le même effet que l'aveu formel : aussi le paiement que fait une personne est un aveu de la dette. Et si elle prétend après coup avoir payé mal à propos, elle doit justifier qu'elle ne l'a fait que par erreur, c'est-à-dire prouver qu'il n'y avait pas de dette. Art. 1235 et L. 25, *princip.*, ff. *de probationibus et præsumpt.*

Voyez, quant aux deux limitations que le jurisconsulte romain apporte à sa décision, ce qui a été dit au tome précédent, n° 11 et suivans.

§ II.

De l'aveu judiciaire.

SOMMAIRE.

545. *L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.*

564. *S'il faut, pour que l'aveu fait en justice soit obligatoire, que l'autre partie soit présente.*

545. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial (art. 1356).

Il peut avoir lieu, ou par des actes de procédure signifiés dans le cours de l'instance, ou à l'audience, par la partie elle-même ou son fondé de pouvoir spécial, ou enfin dans un interrogatoire sur faits et articles; car les parties peuvent, en toutes matières (1), et en tout état de cause, demander de se faire interroger respectivement sur faits et articles pertinens, concernant seulement la matière dont est question, sans retard de l'instruction ni du jugement (art. 324, Cod. de procéd.).

546. D'après l'art. 352 du même Code, aucunes offres, *aucun aveu* ou consentement ne peuvent être faits, donnés ou acceptés, sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu de l'officier ministériel qui les aurait faits, donnés ou acceptés.

Si donc l'aveu fait par l'avoué n'a pas eu lieu en vertu d'un pouvoir spécial de la partie, il n'oblige point cette partie, en ce sens qu'elle peut le détruire par le désaveu; mais puisque la loi trace des formes à ce sujet, ces formes doivent être observées, sinon l'aveu lie irrévocablement la partie.

---

(1) *Voyez* toutefois ce qui a été dit au sujet des demandes en *séparation de corps*, au tome II, n° 602.

La raison de différence, quant à ce point, entre l'aveu fait par un mandataire ordinaire et l'avoué, sans mandat spécial dans l'un ni dans l'autre cas, se tire de la nature même des mandats. Dans le mandat ordinaire, tout ce qui a été fait par le mandataire au delà des bornes du mandat n'est point obligatoire pour le mandant, à moins que celui-ci ne l'ait ratifié (art. 1998) : en sorte qu'un simple désaveu suffit pour l'écarter; et il n'y a pas présomption que les pouvoirs s'étendent au delà de ce qui est contenu dans le mandat. Mais dans le mandat donné à l'avoué, il y a présomption que l'avoué a pouvoir de faire tout ce qui est relatif au procès; aussi est-il considéré *tanquàm dominus litis*. Toutefois ce n'est là, quant aux offres, aux aveux et aux consentemens, qu'une simple présomption, dont la partie peut détruire l'effet; mais pour cela, il faut un désaveu en forme, c'est-à-dire une demande en désaveu suivie d'un jugement qui le déclare valable.

547. Quant aux personnes que l'on veut faire interroger sur faits et articles, il y a deux règles à suivre.

La première, c'est que la personne que l'on veut faire interroger doit, en général, avoir la disposition de l'objet sur lequel va porter l'interrogatoire. La fin qu'on se propose en employant cette voie, c'est d'obtenir un jugement contre celui qui est interrogé sur les faits de la cause; en sorte que l'aveu peut emporter aliénation réelle de l'objet du

procès : d'où il suit qu'il ne peut être provoqué que d'une personne qui a la disposition de cet objet ; et là se place ce que nous avons dit sur la capacité des personnes.

548. Les administrations d'établissemens publics sont tenues de nommer un administrateur ou agent pour répondre sur les faits et articles qui leur auront été communiqués : elles donnent, à cet effet, un pouvoir spécial dans lequel les réponses doivent être expliquées et affirmées véritables, sinon les faits peuvent être tenus pour avérés ; sans préjudice du droit de faire interroger les administrateurs et agens sur les faits qui leur seraient personnels, pour y avoir, par le tribunal, tel égard que de raison. (Art. 336, Cod. de procéd.)

Et puisque, d'après l'art. 2275 du Code civil, le serment peut être déféré à un tuteur, dans les cas prévus à cet article, on peut, par la même raison, le faire interroger sur les faits de la cause dans ces mêmes cas. On le pourrait encore dans d'autres, lorsqu'il s'agirait de créances mobilières, ou d'objets mobiliers ; et il peut être interrogé dans tous les cas où il s'agirait de faits qui lui seraient personnels.

Un mari peut toujours être interrogé sur des faits relatifs à l'administration des biens de sa femme, qui lui appartiendrait d'après le régime sous lequel il serait marié, et dans tous les cas aussi où les faits lui seraient personnels.

Mais, en général, on ne peut faire interroger une

partie sur des faits qui ne lui sont pas personnels, parce qu'elle peut les ignorer. Cependant on pourrait la faire interroger sur le point de savoir si elle n'en a pas connaissance par ouï-dire ou par les papiers qu'elle a en main.

549. La deuxième des règles dont nous avons parlé, c'est que si le demandeur peut faire interroger le défendeur pour acquérir la preuve de la légitimité de sa demande, le défendeur peut user de la même voie pour acquérir la preuve de sa libération : ce droit est réciproque.

550. Sous l'ordonnance de 1667, tit. x, art. 7, les interrogatoires sur faits et articles étaient précédés de la prestation du serment, par la partie interrogée, de déclarer la vérité. « Le juge, portait « cet article, *après avoir pris le serment*, recevra « les réponses sur chacun fait et article. » Et Jousse, dans son Commentaire sur l'ordonnance, dit que le serment était exigé à peine de nullité de l'interrogatoire.

Mais le Code de procédure ne le prescrit point, et le juge commissaire ne pourrait ordonner à la partie de le prêter, sans outre-passer ses pouvoirs ; en sorte que s'il ne voulait pas procéder à l'interrogatoire avant la prestation du serment, les faits ne pourraient pas pour cela être tenus pour confessés par le refus de la partie de le prêter.

551. L'aveu fait par celui qui avait capacité à

cet effet, fait pleine foi contre lui ou contre la personne qu'il représente; en sorte que si quelqu'un assigné a confessé devoir la somme ou la chose qui lui est demandée, ou si le demandeur avoue avoir fait une remise ou reçu un paiement, la demande ou l'exception se trouve pleinement justifiée.

Mais il ne fait point, comme le serment décisoire, une preuve en faveur de celui qui l'a fait. Ce n'est pas pour en faire dépendre la décision de la cause, qu'il est provoqué; c'est afin que des réponses l'on puisse avoir la preuve qui manque : *ut confitendo vel mentiendo sese oneret.*; L. 4, ff. *de interrog. in jure factâ.* Au lieu que le serment est une sorte de transaction.

552. Mais contre celui qui l'a fait, l'aveu est assimilé à l'autorité de la chose jugée; L. unique, au Code, *de confessis.* La raison qu'en donne le jurisconsulte Paul, dans la loi 1re, ff. au même titre, c'est que, *is qui confessus quodammodò suâ sententiâ damnatur.* Aussi Ulpien dit-il, dans la loi 25, ff. *ad legem Aquiliam*, que les fonctions du juge se trouvent remplies par l'aveu de la partie qui l'a fait : *nullas esse partes judicantis in confitentem.* C'est en effet la partie qui s'est jugée elle-même.

553. Du reste, il est de principe en matière civile et commerciale, que l'aveu ne peut être divisé : il doit être pris ou rejeté en son entier. (Art. 1356.)

554. Nous disons *en matière civile et commerciale*, parce qu'en matière criminelle on suit une autre règle : les jurés, dans les Cours d'assises, et les juges dans les tribunaux correctionnels, doivent démêler dans les réponses de l'accusé ou du prévenu ce qui leur paraît conforme à la vérité, et rejeter les allégations qui leur paraissent mensongères.

555. Dans les matières civiles et commerciales elles-mêmes, la règle que l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait, doit même s'entendre d'un aveu qui a été fait en une seule fois, par un même acte ; car, comme l'aveu ne peut être rétracté, si ce n'est pour erreur de fait, ainsi que nous allons l'expliquer, il est clair que celui qui aurait lieu ensuite, et qui aurait pour objet de modifier plus ou moins le premier dans ses effets, au préjudice de l'autre partie, ne serait d'aucune considération. Tel serait le cas où, après avoir signifié un acte contenant tel aveu, ou après avoir fait telle déclaration à l'audience, une partie ferait ensuite, et hors le cas d'erreur de fait, signifier un nouvel acte, ou ferait une nouvelle déclaration, qui aurait pour objet de détruire ou de modifier l'aveu fait d'abord. Dans ce cas il y aurait deux aveux, et l'article 1356 ne dit pas, *les aveux* ne pourront être divisés, mais bien *l'aveu* ne pourra être divisé.

Mais, en général, toutes les déclarations faites dans un même interrogatoire, ou dans un même

acte, ou dans une même déclaration à l'audience, ne doivent pas être divisées : elles sont la condition les unes des autres ; du moins tel est le principe ; et s'il est susceptible d'exception, ce n'est que bien rarement.

Henrys, dans la sixième de ses *Questions posthumes*, en apporte deux : 1° lorsqu'il y a une forte présomption contraire à la condition qui modifie l'aveu ; 2° lorsqu'on a, outre l'aveu modifié par une condition, une preuve du fait avoué. Il fonde sa décision sur la loi 26, ff. *depositi vel contrà*. Mais, dit M. Merlin (1), l'avis de ce jurisconsulte n'est adopté que dans des circonstances où le juge est convaincu de la fausseté d'une partie de la confession ; alors le juge doit se déterminer d'après les preuves, et rejeter ce qu'il croit faux dans une déclaration qui lui est justement suspecte. Et à l'appui de sa décision en principe, que l'aveu ne doit pas être divisé, M. Merlin cite quelques arrêts où effectivement il ne l'a pas été.

D'abord, cela ne résout pas la difficulté ; car la question n'est pas de savoir si l'aveu, en principe, peut être divisé : on est d'accord qu'il ne peut l'être, en général ; la loi le dit elle-même ; elle est de savoir s'il peut l'être dans quelques cas ; ce qui revient à demander, par le fait, si le juge a un pouvoir discrétionnaire à cet égard, de manière que sa décision pût bien être réformée en appel,

---

(1) Répertoire, v° *Confession*.

comme un *mal jugé*, mais non en cassation : et il paraîtrait, suivant la modification apportée par M. Merlin, qu'il en doit être ainsi.

En second lieu, la seconde exception apportée par Henrys au principe, ôte à la question presque tout son intérêt ; car si la dette est prouvée autrement que par l'aveu, qu'importe l'aveu lui-même ?

Lorsque la partie qui a fait l'aveu n'était nullement obligée par quelque circonstance particulière à le faire, parce qu'il n'existait contre elle aucun acte, aucune lettre, aucune preuve testimoniale admissible, on doit croire que, pouvant nier absolument le fait, si elle l'a avoué, avec quelque circonstance qui en a détruit l'effet, ou qui le modifie, elle a dit la chose telle qu'elle existait. Dans ce cas, il n'est pas douteux que l'aveu ne doive généralement être pris ou rejeté en son entier. Par exemple, vous me demandez la restitution d'un dépôt que vous prétendez m'avoir été fait par votre auteur, et dont vous n'avez aucune preuve ni commencement de preuve : j'avoue avoir reçu le dépôt, mais je déclare l'avoir restitué à la personne qui me l'avait confié : mon aveu doit être pris en son entier ; sauf à vous à me déférer le serment, si vous pensez que je serai lié par là plus que par l'aveu.

Mais lorsque celui qui fait interroger a quelque preuve propre à démontrer que l'aveu est mensonger dans quelqu'une de ses parties, quelques personnes, comme Henrys, pensent qu'il peut être divisé, suivant les circonstances de l'affaire ; et quel-

ques arrêts de parlement, rapportés au Répertoire de M. Merlin, v° *Confession*, à l'endroit précédemment cité, l'ont ainsi jugé. Par exemple, je demande à Paul le paiement d'une somme de trois cents francs que je lui ai prêtés sans billet : il avoue le prêt, mais il soutient qu'il me l'a remboursé il y a plus de trois mois : toutefois je produis une lettre d'une date bien postérieure, par laquelle il me demandait de lui accorder quelque délai. Si cette lettre exprimait la somme due et la cause de la dette, en thèse générale elle fournirait une preuve complète, et la question ne présenterait guère plus d'intérêt. Mais elle n'exprime ni la somme ni la cause de la dette : celui qui l'a écrite s'y bornait à me demander un délai pour *ce qu'il me devait;* en sorte qu'elle ne prouve point complètement la dette ; elle n'est qu'un commencement de preuve. Cependant elle démontre, par sa date, le mensonge du défendeur, quand il a dit qu'il m'avait remboursé le prêt il y avait plus de trois mois. Il semblerait donc, en pareil cas, qu'on devrait pouvoir diviser l'aveu, ainsi que l'aurait décidé Henrys, et ainsi que le décidait M. Pigeau (1). En effet, lorsque la loi romaine dit que l'interrogatoire a pour but de faire que la partie interrogée se charge, elle-même, ou en avouant la dette, ou en MENTANT : *Ut vel confitendo, vel* MENTIENDO, *sese oneret*, elle suppose évidemment que l'aveu peut être divisé,

---

(1) Traité *de la Procédure civile*, chapitre *des preuves*, *à l'aveu*.

car sans cela que ferait son mensonge ? comment pourrait-il la charger, lors même qu'il porterait sur toutes les parties de l'aveu ? cela serait impossible. Dans l'espèce, tout porte à croire qu'elle n'a avoué le prêt qu'à cause de la lettre, et si elle a déclaré l'avoir remboursé il y a plus de trois mois, c'est par une de ces méprises, un de ces oublis qui échappent quelquefois même à la fraude la plus astucieuse et la plus adroite.

Néanmoins, la question est infiniment douteuse; car l'article 1356 ne fait aucune exception; il ne laisse en aucun cas au juge le pouvoir de diviser l'aveu, et l'on peut dire de deux choses l'une : ou celui qui fait interroger a des preuves suffisantes, ou il n'en a pas : dans le premier cas, qu'il s'en contente; dans le second, qu'il prenne l'aveu tel qu'il est, et l'ajoute ainsi aux preuves qu'il peut avoir. Aussi inclinons-nous à ce dernier sentiment, nonobstant les raisons de douter exposées ci-dessus. Des arrêts, rapportés par M. Merlin, postérieurs à ceux précédemment cités, ont écarté la division de l'aveu dans des cas cependant où tout indiquait assez qu'il était mensonger dans quelqu'une de ses parties.

556. L'aveu, avons-nous dit, ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait; il ne peut l'être sous prétexte d'une erreur de droit (art. 1356) (1).

---

(1) L. 2, ff. *de confessis.*

Ainsi, vous m'assignez en paiement d'une somme que vous dites avoir prêtée à un de mes parens, dont je suis devenu l'héritier : ce parent m'avait fait part de cet emprunt aussitôt qu'il fut fait, et n'ayant pas eu occasion de me parler du paiement qu'il a fait ensuite, je l'ignorais complètement : aussi ai-je avoué la dette. Mais depuis, j'ai trouvé une quittance de vous dans les papiers de la succession, et qui se rapporte parfaitement à ce prêt : je puis donc rétracter mon aveu, et par là prévenir la condamnation. Si elle a été prononcée, je puis appeler du jugement, dans le cas où il ne serait point encore passé en force de chose jugée. S'il l'est, voyez ce qui a été dit plus haut sur l'autorité de la chose jugée, nº 474.

557. Mais si le défendeur, poursuivi pour l'une de ces dettes sujettes aux prescriptions de six mois, d'un an ou de deux ans, ou à raison d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, confesse la dette, au lieu d'opposer la prescription, il ne pourra pas revenir contre son aveu, sous le prétexte qu'il ignorait que la loi lui donnait le moyen de la prescription ; tant pis pour lui s'il l'a en effet ignoré, il était censé connaître la loi. D'ailleurs, il y a encore une autre raison, c'est que la prescription, dans ces cas, n'est fondée que sur la présomption de paiement, aussi le serment peut-il être déféré (art. 2275, Cod. civ. et 189, Cod. de comm.) ; or, il a lui-même détruit cette présomption par son aveu.

Nous n'entendons toutefois pas dire par là qu'une obligation qui n'a point d'autre cause qu'une erreur de droit, est valable, ni qu'un paiement fait par suite d'une erreur de cette nature ne peut être répété : nous avons démontré le contraire, au tome X, nº 127 et suivans, où nous citons en ce sens, même en ce qui concerne le paiement, un arrêt de cassation du 24 janvier 1827.

558. Ainsi encore, si Paul formait contre Philippe demande en paiement d'un billet qui ne serait pas écrit en entier de la main de celui-ci, et qui ne contiendrait pas non plus, outre sa signature, le *bon* ou l'*approuvé* exigé par l'art. 1326, et que Philippe reconnût effectivement avoir reçu la valeur du montant du billet, il ne pourrait pas revenir sur ses pas, sous prétexte qu'il ignorait la disposition de cet article, qui l'autorisait à opposer la nullité ; car cette nullité n'est fondée que sur la présomption d'une surprise possible, dont il aurait détruit l'effet par son aveu de la dette.

559. Mais de ce qu'un mineur devenu majeur avouerait un prêt qui lui a été fait en minorité, ou reconnaîtrait le billet qu'il a souscrit à ce sujet, ce ne serait pas une raison pour qu'il dût être condamné au paiement du prêt ; car cela ne prouverait pas qu'il a réellement profité des deniers prêtés ; or, c'est une condition nécessaire pour qu'il doive être condamné à rembourser la somme, et cette condition doit être prouvée par le créancier (ar-

ticle 1312), ou du moins avouée par le défendeur; mais l'aveu de l'emprunt n'emporte point l'aveu du bon emploi des deniers : ce sont là deux choses très distinctes.

560. Et l'aveu d'une dette de jeu défendu ne signifierait rien, puisque la loi ne donne pas d'action, du moins en principe, pour une dette de jeu (art. 1965), tellement que le juge ne doit même pas laisser plaider la cause.

561. L'aveu fait au bureau de conciliation est un aveu judiciaire, ainsi que l'a jugé la Cour de Turin, le 6 décembre 1808 (1). Cela ne peut faire de doute, puisque le juge de paix est compétent pour recevoir le serment déféré par l'une des parties à l'autre, ou pour constater le refus de celle-ci de le prêter. (Art. 55, Cod. de procéd.)

562. Mais un aveu fait devant le tribunal de commerce qui se déclarerait ensuite incompétent à raison de la matière, ainsi qu'il le doit en tout état de cause, s'il y a lieu, aux termes de l'art. 170 du Code de procédure, ne serait plus qu'un aveu extrajudiciaire.

C'est ce que décide Pérez, *ad Codicem*, tit. *de confessis*, n° 6, d'une manière générale, pour tous les cas où le juge devant lequel l'aveu a été fait

(1) *Journal de jurisprudence du Code civil*, tome XIV, pag. 215.

était incompétent à raison de la matière ; et c'est aussi l'avis de M. Merlin, *Répertoire* v° *confession.*

563. Il en serait autrement si le tribunal n'était incompétent que seulement *ratione personæ ;* car le défendeur n'ayant pas proposé le déclinatoire quand il le devait, il ne le pourrait après son aveu ; il aurait reconnu la compétence du juge. Et lors même que le renvoi étant ensuite proposé, le tribunal croirait devoir l'accorder, parce que l'autre partie ne s'y opposerait pas, l'aveu n'en serait pas moins censé fait en justice, attendu que le tribunal était alors compétent pour le recevoir, n'étant point encore décliné. Or, comme l'aveu fait devant un juge peut être invoqué devant un autre juge, ainsi que l'a décidé la Cour de Turin par l'arrêt précité, et ainsi que le décide positivement la loi pénultième, au Code, *de liberali causâ*, il s'ensuit qu'il reste toujours aveu judiciaire, même après le renvoi. C'est aussi ce que dit Pérez, *loco citato.*

564. Suivant le droit romain, pour que l'aveu judiciaire ait toute sa force, il faut qu'il soit fait en présence de la partie adverse, ou de son fondé de pouvoir ; L. 6, § 3, ff. *de confess.* Car, de même qu'une partie ne doit pas être condamnée si son adversaire fait défaut, L. 47, ff. *de re judicatâ ;* de même l'aveu, qui est assimilé à la chose jugée, n'en peut produire l'effet lorsqu'il a eu lieu en l'absence de la partie adverse.

Cependant Pérez dit, d'après plusieurs docteurs,

que l'aveu, même dans ce cas, a toute sa force si le juge l'a fait constater par le greffier, et si, en outre, la partie absente l'a ensuite accepté. Il tire argument de la loi 1, § 15, ff. *de magist. conveniendis;* et telle serait assez notre opinion.

SECTION V.

Du serment.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

565. *Transition au serment.*

566. *Suivant le Code, le serment est de deux sortes, selon la personne qui le défère.*

567. *Dans le droit romain, il y avait aussi le serment volontaire ou extrajudiciaire.*

568. *Il produirait également ses effets dans notre droit, comme convention ou transaction.*

569. *Il peut être déféré en conciliation.*

570. *Déféré extrajudiciairement, et non accepté par l'autre partie, il laisse la question entière.*

565. Après avoir parlé des preuves littérales, de celle résultant de la déposition des témoins, des présomptions et de l'aveu, il nous reste à traiter du serment judiciaire, que l'on peut définir un acte tout à la fois civil et religieux par lequel une partie, en justice, prend Dieu à témoin de la vérité de ce qu'elle affirme.

C'est une ressource qu'offre la loi à celui qui manque de preuves, ou qui n'en a que d'incomplètes.

566. Suivant le Code (art. 1357), le serment,

considéré d'après la personne qui le défère, est de deux sortes, et les cas dans lesquels l'un ou l'autre peut être déféré, et les effets de l'un et de l'autre, ne sont pas toujours les mêmes, ainsi qu'on le verra bientôt :

1° Celui que l'une des parties défère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause, et que, pour cette raison, les jurisconsultes appellent serment *décisoire ;*

Et 2° celui qui est déféré par le magistrat à l'une des parties, en vertu de son pouvoir, dans les cas prévus par la loi, soit pour compléter la preuve, soit simplement pour déterminer le montant de la condamnation.

567. Dans le droit romain, il y avait, en outre, le serment volontaire ou extrajudiciaire, *jusjurandum voluntarium*, ainsi nommé par opposition au serment judiciaire, *sive necessarium*, *sive judiciale* (1). Mais ni le Code civil ni le Code de procédure n'en font mention.

568. Il ne faut toutefois pas conclure de ce silence, ni de ce que cette espèce de serment n'est pas en usage dans notre droit, qu'il serait sans effet ; car la convention en vertu de laquelle il aurait été prêté aurait toute sa force, comme toute autre convention non contraire aux lois ou aux bonnes

---

(1) *Voyez* au Digeste, le titre *de jurejurando*, *sive voluntario, sive necessario, sive judiciali, lib.* 12, *tit.* 2 ; et le titre du Code, *de rebus creditis et jurejurando.*

mœurs. Ce serait une transaction, comme c'en était une dans le droit romain ; seulement il serait nécessaire que les parties eussent pu transiger sur l'objet à l'égard duquel il aurait été déféré et prêté, qu'il fût prouvé qu'il a été prêté d'après une convention, et qu'il l'a été de la manière prescrite par cette même convention.

Ainsi, me prétendant votre créancier, à tel ou tel titre, n'importe, je conviens avec vous extrajudiciairement que si vous prêtez serment que vous ne me devez pas la chose, je renoncerai à toute prétention à cet égard ; et vous prêtez le serment conformément à la convention : il n'est pas douteux que vous n'ayez acquis par là une exception ou fin de non-recevoir contre la demande que je formerais ensuite pour la même chose, et que je ne dusse être repoussé quand bien même je la fonderais sur les preuves les plus positives. On ne pourrait s'empêcher de regarder la convention comme une transaction, un pacte de remise conditionnel, dont la condition serait accomplie, et qui devrait par conséquent produire son effet, comme il l'aurait produit dans le droit romain (1), puisque cette convention n'est pas plus contraire aux bonnes mœurs dans notre droit, qu'elle ne l'était dans cette législation.

Si nous n'étions pas d'accord sur le fait de la convention, ou bien sur celui de la prestation du

---

(1) L., 7, ff. *de jurejurando, sive voluntario, etc.*

serment dans les termes mêmes de cette convention, la preuve s'en ferait d'après les règles ordinaires, et le tribunal ne connaîtrait d'abord que de ce fait ; L. 9, § 1, ff. *de jurejur.*; et s'il était reconnu que le serment a été prêté comme il devait l'être, le juge prononcerait en conséquence, par jugement définitif.

La convention de prêter le serment ne pourrait même être résolue que d'un commun accord ; seulement celui qui en avait fait la condition pourrait en faire la remise ; et alors ce serait comme si le serment avait été prêté (*ibid.*).

569. Si le serment a été déféré par l'une des parties à l'autre au bureau de conciliation, et qu'il ait été prêté, le tribunal prononce son jugement comme s'il avait été prêté devant lui ; et si la partie à laquelle il a été déféré, l'a refusé, et ne l'a point référé à son adversaire, ce refus, qui est constaté par le procès-verbal de l'audience du juge de paix (art. 55, Cod. de procéd.), doit faire condamner cette partie au tribunal civil, sans qu'il y ait besoin d'autre preuve, in de déférer de nouveau le serment, sans même que le tribunal puisse agir autrement. Car, d'après l'art. 1361, celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, *doit succomber dans sa demande ou dans son exception ;* or, le juge de paix avait qualité, d'après la loi, pour recevoir le serment, et pour

constater le refus de le prêter. C'est véritablement là un serment déféré en justice.

570. Mais le serment extrajudiciaire n'étant que le résultat d'une convention, il est clair que le refus que ferait une partie de le prêter et en même temps de le référer, laisserait la question entière devant les tribunaux. C'est une différence notable d'avec le serment déféré en justice ; et ce serment déféré extrajudiciairement ne peut être référé ; L. 17, ff. *hoc tit.* ; ce qui est une autre différence.

§ Ier.

Du serment décisoire.

SOMMAIRE.

571. *Quel est le serment décisoire, et quel est son effet.*
572. *Nous ne connaissons pas le serment* de calumniâ *des Romains.*
573. *Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.*
574. *Ce principe reçoit toutefois quelques limitations ; il en reçoit premièrement une en matière de séparation de corps.*
575. *Il en reçoit une autre dans le cas où la convention est nulle pour n'avoir pas été faite par un acte assujetti par la loi à des formes solennelles.*
576. *Car on ne peut déférer le serment à celui qui invoque une exception péremptoire.*
577. *Telle que la prescription ordinaire de trente ans.*
578. *Véritable sens du principe.*
579. *Peut-on déférer le serment à celui qui a un acte authentique? distinction à faire.*

pourrait-elle se porter partie civile dans le procès criminel, pour obtenir des dommages-intérêts? Oui, selon l'auteur.

601. *Et même faire rescinder le serment, ou faire rétracter le jugement par requête civile, dans le cas où il serait passé en force de chose jugée, si cette partie n'avait déféré le serment que parce que l'adversaire avait retenu des pièces décisives découvertes depuis.*

602. *Le serment prêté ou refusé n'a effet qu'entre les parties et leurs représentans.*

603. *Le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.*

604. *Déféré au débiteur principal, sur le fait même de la dette, il libère les cautions.*

605. *Déféré à l'un des débiteurs solidaires, aussi sur le fait de la dette, il libère les codébiteurs; mais son refus de le prêter, ou celui qu'il a déféré au créancier, ne leur nuit pas.*

606. *Effet du serment déféré par l'un des créanciers d'une obligation indivisible.*

607. *Le serment prêté par l'un des héritiers du débiteur même d'une dette indivisible, ne profite qu'à lui seul, et son refus de le prêter ne nuit pareillement qu'à lui.*

608. *Le serment ne fait preuve que de la chose ou du fait sur lequel il a été prêté, et nullement pour une autre chose, quoique semblable et dérivant de la même cause : conséquence.*

Art. Ier.

Quel est le serment décisoire, et sur quelles contestations il peut être déféré.

571. Le serment décisoire est celui que l'une des parties défère à l'autre pour en faire dépendre la décision de la cause (art. 1357). Il a l'effet d'une

transaction et l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La partie qui le défère prend son adversaire pour juge de la contestation, et se soumet d'avance à ce qu'il déclarera sous la foi du serment.

572. Dans le droit romain, celui qui déférait le serment était tenu, si son adversaire l'exigeait, de prêter lui-même d'abord le serment *de calumniâ*, c'est-à-dire de jurer qu'il ne déférait point le serment à sa partie adverse pour la vexer, mais bien parce qu'il croyait sa prétention fondée (1); et cela n'empêchait pas la partie de le référer, au lieu de le prêter elle-même.

Godefroy, en ses notes sur la loi 34, § 4, ff. *de jurejur. sive volunt.*, etc., où il est parlé de l'obligation de prêter ce serment, dit qu'il était très propre à prévenir les mauvaises contestations; mais il n'a point été admis dans notre droit. On a pensé, et avec assez de raison, que celui qui ne se ferait pas scrupule de demander une chose qu'il saurait ne lui être pas due, ne s'en ferait pas davantage de prêter le serment dont il s'agit.

573. D'après l'article 1358, le serment décisoire peut être déféré sur quelqu'espèce de contestation que ce soit.

Ainsi, il peut l'être sur le possessoire comme sur le pétitoire ; dans les actions réelles comme dans les

---

(1) *Voyez*, au Code, le titre *de jurejurando propter calumniam dando*, lib. 2, tit. 59.

actions personnelles ; sur les exceptions comme sur les demandes.

574. Cependant, quelque général que soit le principe, il n'est pas tellement absolu qu'il ne reçoive quelques limitations.

Ainsi, en matière de séparation de corps, il n'y a pas lieu à déférer le serment sur les faits allégués. La raison en est simple : le serment est une sorte de transaction, et comme il n'y a pas matière à transaction dans ce cas, il est clair qu'il ne peut être déféré par l'une des parties à l'autre, ni même par le juge comme supplément de preuve (1).

On ne peut non plus déférer le serment sur la demande en paiement de l'une de ces dettes de jeu pour lesquelles la loi n'accorde point d'action, car la dette fût-elle avouée, le paiement n'en serait pas pour cela exigible.

575. On ne pourrait non plus le déférer sur une convention qui, pour être obligatoire, devait être formée par un acte passé selon des formes solennelles. Ainsi l'on ne pourrait le déférer sur une promesse de donation, ou sur des conventions de mariage ou d'hypothèque verbales ou constatées par des actes sous signature privée ; car il ne suffit

(1) On trouve au Répertoire de M. Merlin, vo *Serment*, un arrêt du Conseil d'état, faisant fonction de Cour de cassation pour le ci-devant royaume de Westphalie, qui a jugé que le serment même *supplétoire* n'avait pu être déféré en matière de divorce, nonobstant la généralité des termes de l'art. 1358.

pas que ces conventions soient prouvées ; il faut encore qu'elles soient arrêtées suivant les formalités voulues par la loi, ou, si l'on veut, la loi ne reconnaît d'autres moyens de preuve que l'emploi de ces mêmes formalités.

576. On ne peut, en effet, déférer le serment à celui qui invoque une exception péremptoire, ou destructive de l'action elle-même. Ainsi l'on ne peut le déférer à celui qui a en sa faveur un jugement passé en force de chose jugée ; car il n'y a plus de contestation : autrement ce serait sans fin. Si l'on pouvait le déférer après un premier jugement, on pourrait encore le déférer après le second, après le troisième, et l'on pourrait ainsi vexer continuellement une personne.

On pourrait toutefois le déférer sur la question de savoir s'il y a eu non acquiescement au jugement rendu en premier ressort, pour savoir, en conséquence, si ce jugement a ou non acquis l'autorité de la chose jugée.

577. Ainsi encore, on ne peut déférer le serment à celui qui invoque la prescription ordinaire ; car, dans ce cas, il ne s'agit plus de savoir si la dette a réellement existé ou non, si elle a été payée ou non, ou remise : elle est éteinte par le moyen de la prescription dûment invoquée ; et alors s'applique l'adage de droit, *frustrà probatur quod probatum non relevat*. Or, le serment n'est employé que comme moyen de preuve.

Il en est autrement dans les cas prévus aux articles 2275 du Code civil, et 189 du Code de commerce : la loi a réservé expressément, dans ces cas, la faculté au demandeur de déférer le serment au défendeur, parce que la prescription n'y est fondée que sur la seule présomption du paiement de la dette.

Et dans les cas ordinaires, il pourrait être déféré sur le point de savoir si la prescription n'a pas été interrompue à telle ou telle époque, par une reconnaissance de la dette, ou si le débiteur n'a pas renoncé à la prescription acquise. Ce ne serait point, en effet, le déférer nonobstant la prescription, puisqu'au contraire on prétendrait que la prescription n'a point eu lieu, ou n'est plus opposable.

578. Le véritable sens de l'article 1358 n'est donc pas que le serment peut être déféré dans tous les cas quelconques, sans aucune exception, mais seulement qu'il peut l'être dans quelque espèce de contestation que ce soit quant à un fait qu'il s'agit d'établir, sur lequel les parties pourraient transiger, et duquel dépendrait la décision de la cause. Or, comme il importe peu que le fait soit constant, lorsqu'il demeure sans force par le moyen de la prescription ordinaire, ou d'une autre exception péremptoire, il s'ensuit que le serment, qui ne peut avoir d'autre objet que d'établir la vérité ou la fausseté de ce fait, devient alors inutile. Qu'importe aussi que ce fait fût avoué par la partie, s'il n'est pas constant aux yeux de la justice, et s'il faut

cependant qu'il le soit ? comme en matière de séparation de corps, laquelle ne pouvant avoir lieu par consentement mutuel, ne doit pas par conséquent être fondée sur des faits non prouvés aux yeux des tribunaux, sur des faits qui pourraient être imaginés par les parties.

Il faut donc dire que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit, en ce sens qu'il peut l'être dans les instances civiles ou commerciales, ou devant le juge de paix, soit juge, soit conciliateur ; sur le possessoire comme sur le pétitoire, et dans les actions réelles comme dans les actions personnelles. *Jusjurandum et ad eas pecunias et ad omnes res locum habet.* Mais cela ne veut pas dire qu'il peut l'être dans tous les cas quelconques.

579. Et peut-on le déférer à celui qui a fait une preuve complète, et notamment à celui qui est porteur d'un acte authentique ?

La raison de douter se tire de ce que l'acte authentique fait pleine foi, jusqu'à inscription de faux, de la convention qu'il renferme, entre les parties, leurs héritiers et ayant-cause (art. 1319). Or, peut-on dire, jusque là il ne peut y avoir de *contestation :* le fait est prouvé : le serment n'a point d'objet : il ne pourrait être déféré que pour vexer le porteur de l'acte. On ne peut opposer d'exception contre un acte authentique qu'en s'inscrivant en faux : qu'alors on défère le serment dans une inscription

de faux civil, soit; mais tant que l'acte n'est pas attaqué par cette voie, il a la même force qu'un jugement.

Nous croyons cela vrai à l'égard des faits certifiés par le notaire comme s'étant passés sous ses yeux, par exemple la numération de deniers prêtés par l'une des parties à l'autre, et attestée par le notaire, qui a déclaré dans l'acte que les deniers ont été comptés en sa présence par le prêteur, et retirés par l'emprunteur. Encore, si le défendeur déférait le serment au demandeur sur le point de savoir s'il ne lui a pas remis les deniers aussitôt que l'acte a été signé, le demandeur devrait le prêter, ou bien succomber dans sa demande. A plus forte raison en est-il ainsi dans le cas où le notaire n'a fait qu'attester des aveux de faits qui se sont passés hors de sa présence, de simples déclarations, des reconnaissances de dettes. Par exemple, si l'acte porte que l'une des parties s'est reconnue débitrice envers l'autre d'une somme de tant, *qui lui a été précédemment comptée*, comme le notaire n'atteste rien autre chose *propriis sensibus*, si ce n'est que les parties lui ont fait cette déclaration, et comme cette déclaration peut n'être pas conforme à la vérité, le serment peut être déféré sur cette contestation, si elle s'élève. L'acte fait sans doute foi, jusqu'à inscription de faux, de la déclaration qu'il renferme, parce qu'elle a eu lieu devant le notaire; mais cette déclaration a pu être le résultat d'une erreur, ou avoir été arrachée au débiteur dans des

circonstances particulières, et par conséquent elle peut être le juste sujet d'*une contestation* entre les parties. Le notaire n'en peut point garantir la vérité, ainsi qu'il garantit la vérité de ce qui se passe sous ses yeux (1).

Art. II.

A qui le serment peut être déféré.

580. Le serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère. (Art. 1359.)

Cependant rien n'empêche de le déférer, non pas sur le fait en lui-même, mais sur le point de savoir si celui à qui on le défère n'en a pas connaissance; car cette connaissance est quelque chose qui lui est personnel. C'est ainsi que, d'après l'article 2275, le serment peut être déféré aux veuves ou héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils ne savent pas que la chose est due. Et suivant l'article 189 du Code de commerce, ceux à qui on oppose la prescription de cinq ans sur une action relative à une lettre de change ou à un billet à ordre, peuvent pareillement déférer le serment aux veuves, héritiers ou ayant-cause des prétendus débiteurs, pour qu'ils aient à déclarer s'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû.

Ainsi encore, l'héritier de Paul forme contre moi demande en paiement d'une somme de 600 fr,

(1) M. Delvincourt fait la même distinction.

dus par billet ; je prétends avoir fait un paiement de 200 francs par à-compte au défunt, dans une occasion où il n'avait pas le billet sur lui pour en faire mention au dos, et où il n'a pas pu non plus me donner une quittance : je demande à l'héritier qu'il affirme qu'il n'a point personnellement connaissance de ce paiement : je le puis ; car le défunt peut lui en avoir parlé ; il peut aussi exister une note dans les papiers de celui-ci qui en fasse mention : en déférant le serment dans ces termes, je le défère donc sur quelque chose de personnel à l'héritier ; et s'il refuse de le prêter, il doit succomber.

S'il avait seulement des doutes à cet égard, si, par exemple, il avait trouvé dans les papiers de la succession un projet de quittance, comme ce projet serait loin d'attester que le paiement a eu lieu, mais seulement que des propositions ont été faites à ce sujet, et sur la réalisation desquelles l'héritier pourrait être dans l'incertitude, celui-ci, en prêtant le serment selon ce qu'il saurait, ne fournirait pas une exception contre lui. Sa bonne foi ne devrait même ne pas être suspectée, puisqu'il ne tenait qu'à lui de déclarer qu'il n'avait aucune connaissance de ce qui pouvait être relatif à ce paiement.

Art. III.

Par qui le serment peut être déféré.

581. Comme le serment emporte décision de la cause en faveur de celui qui l'a prêté, ou en faveur de celui qui l'a déféré, si l'adversaire l'a refusé et ne

l'a point référé, il faut que celui qui le défère, ou à qui on le défère, ait la disposition de l'objet de la contestation.

C'est ce qui a fait dire à Pothier, se fondant sur le système du droit romain, qu'un pupille ne peut, sans l'autorité de son tuteur, déférer le serment à son adversaire; L. 17, § 1, ff. *de jurejur.;* et qu'on ne peut pas le lui déférer; L. 34, § 2, *hoc tit.*

582. Mais comme chez nous c'est le tuteur qui plaide pour le mineur, que c'est lui qui soutient le procès, en sa qualité de tuteur, parce que le tuteur, dans notre droit, représente le mineur dans tous les actes de la vie civile (art. 450), nous n'avons pas à envisager la question sous ce rapport quand il s'agit d'une cause qui intéresse un mineur en tutelle ou un interdit; c'est par rapport au tuteur.

Et les tuteurs des mineurs et des interdits peuvent déférer le serment sur des objets dont l'aliénation leur est permise, comme serait, par exemple, le cas d'une vente de denrées provenant de la récolte faite sur les biens du mineur : *nam et alienare res, et solvi potest, et agendo rem in judicium deducunt;* L. 17, § 2, ff. *hoc tit.* Toutefois le jurisconsulte Paul, dans la loi 35 au même titre, dit positivement que le tuteur ne doit jamais déférer le serment que lorsqu'il y a intérêt évident pour le pupille, parce que celui-ci n'aurait point de preuve en sa faveur : *Tutor pupilli, omnibus probationibus aliis deficientibus, jusjurandum deferens audien-*

dus est; quandòque enim pupillo denegabitur actio.

Aussi Pothier, *ad Pandectas*, sur cette loi, s'exprime-t-il ainsi : Quandòque, *quia jusjurandum à tutore delatum non semper est efficax, sed demùm quùm prudenter et inopiâ aliarum probationum illud detulit.*

En effet, le mineur ou l'interdit aurait la requête civile si le tuteur avait déféré le serment sans nécessité, encore que l'objet eût pu être aliéné par lui sans une délibération du conseil de famille; car il serait vrai de dire que le mineur ou l'interdit n'a pas été défendu, ou ne l'a pas été valablement (art. 481, Cod. de procéd.). Aussi l'adversaire peut-il, pour sa sûreté, demander que le tuteur soit autorisé à cet effet par le conseil de famille; et cela est surtout particulièrement vrai dans les actions immobilières, puisque le tuteur ne peut, sans autorisation, acquiescer à une action de cette nature (art. 464, Cod civ.), et que la délation du serment est une sorte d'acquiescement, un acquiescement sous condition, il est vrai, mais qui peut tout aussi bien emporter aliénation du droit qu'un acquiescement pur et simple.

583. Lorsque le serment est déféré au tuteur dans les cas prévus à l'art. 2275 du Code, le refus de celui-ci de le prêter, et par suite duquel le mineur ou l'interdit serait condamné, ne donnerait généralement pas lieu à la requête civile; mais on devrait décider le contraire si le mineur ou l'interdit

produisait ensuite une quittance qui attesterait que la dette avait été acquittée. D'ailleurs, comme nous l'avons dit plus haut (nº 474), les jugemens portant condamnation à payer une somme sont censés porter qu'elle sera payée en deniers ou quittances.

En général, le serment ne peut être déféré aux tuteurs en ce sens que leur refus de le prêter doive faire condamner le mineur ou l'interdit. Si, néanmoins, ceux-ci étaient condamnés par suite du refus du tuteur de prêter le serment, ils pourraient se pourvoir par requête civile, comme n'ayant pas été défendus ou comme ne l'ayant pas été valablement.

Au surplus, le serment peut toujours être déféré à un tuteur sur un fait qui lui est personnel : comme un paiement fait à lui-même.

584. Les mineurs émancipés peuvent déférer le serment sur des objets qui rentrent dans l'administration de leurs biens, et on peut valablement le leur déférer. Les mineurs émancipés commerçans peuvent pareillement le déférer sur ce qui est relatif à leur commerce, comme on peut le leur déférer sur ces objets.

585. Quant aux personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, il n'est pas douteux qu'elles ne puissent déférer le serment sur des objets qui rentrent dans la simple administration de leurs biens, laquelle ne leur est point ôtée, comme elle l'est aux interdits proprement dits ;

tel serait le cas où il s'agirait d'un paiement de loyers, d'arrérages ou intérêts, de ventes de denrées ; et le serment pourrait leur être déféré à elles-mêmes. Mais comme elles ne peuvent plaider, ni en demandant ni en défendant, sur quelque espèce de contestation que ce soit, sans l'assistance du conseil qui leur a été donné (art. 499 et 513), elles auraient besoin d'être assistées dans le procès pour pouvoir déférer le serment, et pour que le refus de prêter celui qui leur serait déféré pût les faire condamner valablement : autrement elles auraient la requête civile. Dans les actions relatives aux droits immobiliers et aux capitaux mobiliers, il y a plus de doute : cependant, comme ces personnes peuvent les aliéner avec l'assistance de leur conseil, nous pensons qu'avec cette assistance, elles peuvent valablement aussi déférer le serment, comme on peut le leur déférer, sans espoir de requête civile pour défaut de défense ou de défense valable. Mais le conseil ne devra donner son assentiment à la délation du serment par elles, qu'autant qu'elles n'auraient pas de preuves suffisantes pour espérer de triompher dans leur demande ou dans leur défense.

586. Les maris qui ont la jouissance et l'administration des biens de leur femme peuvent également déférer le serment sur ce qui rentre dans cette administration ; et on peut aussi le leur déférer sur les mêmes objets.

On peut même dire, en général, que le mari qui a l'exercice des actions mobilières de sa femme, comme dans le cas de communauté, ou d'exclusion de communauté sans séparation de biens, ou sous le régime dotal, pour le mobilier qui fait partie de la dot; on peut dire que, dans ces cas, le mari a qualité pour déférer le serment, et qu'on peut aussi le lui déférer; sauf a lui à le refuser si on le lui déférait sur un fait antérieur au mariage, ou qui, pour autre cause, ne lui serait pas personnel, à moins encore qu'on ne le lui déférât sur la connaissance qu'il aurait ou non de ce même fait.

587. Celui qui a un mandat général emportant pouvoir d'aliéner d'après sa teneur, peut déférer le serment; L. 17, § 3, ff. *hoc tit.* Mais un simple mandat conçu en termes généraux ne donnerait pas ce pouvoir au mandataire, parce qu'il n'embrasserait que les actes d'administration (art. 1988). Et le mandataire pour le procès ne pourrait non plus déférer le serment qu'autant que le pouvoir serait exprès à cet effet; L. 18, ff. *hoc tit.* (1); sauf le cas où la cause concernerait le mandataire lui-même, parce qu'il serait *procurator in rem suam*, à cause d'une subrogation ou cession quelconque; L. 17, § 3, précitée.

Toutefois si c'est l'avoué de la partie qui a déféré le serment, il sera besoin, pour repousser

(1) *Voyez* aussi la loi 7 au Code, *de rebus creditis et jurejur.*

l'effet du jugement, d'un désaveu en forme, suivant les règles tracées au Code de procédure, sous le titre *du désaveu*. Mais si c'est un mandataire extra-judiciaire qui a déféré le serment, sans en avoir le pouvoir, la partie pourra attaquer le jugement par voie de la tierce opposition, attendu que le mandant n'est pas représenté dans ce que le mandataire fait au delà de ses pouvoirs. (Art. 1989 et 1998.)

Et la même chose peut se dire du cas où c'est l'administrateur d'un établissement public qui a déféré le serment sans en avoir reçu le pouvoir de ceux qui pouvaient le lui conférer. L. 34, § 1, *hoc tit.*

Art. IV.

Le serment peut être déféré en tout état de cause.

588. Le serment peut être déféré en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360).

589. Il peut être déféré en appel comme en première instance, puisque la prescription elle-même peut être opposée en appel pour la première fois, à moins que, des circonstances, il ne résulte que la partie y a renoncé (art. 2224); or, il y a plus de raison encore pour le serment, puisqu'il rend l'une des parties juge en sa propre cause.

590. Mais quoique l'article 1360 dise que le serment peut être déféré *en tout état de cause*, cela ne signifie néanmoins pas qu'il peut l'être, dans tous

les cas, jusqu'à la prononciation du jugement. Ainsi, d'après l'art. 111 du Code de procédure, si l'affaire a été mise en délibéré, les défenseurs n'ont, *sous aucun prétexte, la parole après le rapport;* ils peuvent seulement remettre sur-le-champ au président de simples notes énonciatives des faits sur lesquels ils prétendraient que le rapport a été inexact ou incomplet; d'où il suit évidemment qu'après le rapport, il n'y a plus lieu à déférer le serment, puisque ce serait *prendre la parole*, et faire usage d'un moyen nouveau, sur lequel il peut d'ailleurs s'élever plus d'une difficulté; sauf à la partie à appeler du jugement, s'il y a lieu, et à déférer le serment devant le juge d'appel.

Il en doit être de même dans les autres affaires, lorsque le ministère public a porté la parole : il n'y a plus lieu à nouveaux débats; or, le serment pourrait en amener.

Art. V.

Comment le serment doit être prêté.

591. Comme le serment doit être fait par la partie en personne, si celle-ci a donné pouvoir à quelqu'un pour la représenter dans le procès, ce ne sera point une raison de s'écarter de la disposition de la loi à cet égard.

Voici ce que porte le Code de procédure :

« Tout jugement qui ordonnera un serment, « énoncera les faits sur lesquels il sera reçu (ar- « ticle 120).

« Le serment sera fait par la partie en personne,
« et à l'audience. Dans le cas d'un empêchement
« légitime et dûment constaté, le serment pourra
« être prêté devant le juge que le tribunal aura
« commis, et qui se transportera chez la partie, as-
« sisté du greffier.

« Si la partie à laquelle le serment est déféré est
« trop éloignée, le tribunal pourra ordonner qu'elle
« prêtera le serment devant le tribunal du lieu de
« sa résidence.

« Dans tous les cas le serment sera fait en pré-
« sence de l'autre partie, ou elle dûment appelée
« par acte d'avoué à avoué, et s'il n'y a pas d'avoué
« constitué, par exploit contenant l'indication du
« jour de la prestation. »

592. Les anabaptistes et les quakers de la Pensylvanie, et leurs frères habitans de l'Europe, craignent, disent-ils, de *prendre le nom de Dieu en vain*, et suivant Voët, on ne peut exiger d'eux qu'une *affirmation en ame et conscience*, *ex fide boni viri*, en présence du magistrat. La Cour de Bordeaux, par arrêt du 22 mars 1809, confirmé ensuite en cassation, le 28 mars 1810 (1), a adopté cette doctrine, au sujet du serment déféré à un individu dont la religion était reconnue en fait être celle des quakers. La Cour s'est fondée sur ce que la liberté de conscience ne permet pas d'exiger

(1) Sirey, 1810-1-226.

d'une personne un acte contraire à ses principes religieux. C'était aussi la décision des lois romaines : *Divus pius* (Antonin-le-Pieux) *jurejurando quod propriâ superstitione* (1) *juratum est, standum rescripsit;* L. 5, § 1, ff. *de jurejur.*

593. Mais précisément, puisque le serment est un acte religieux, il doit être prêté, comme le dit la loi romaine, d'après le mode de la religion de celui qui le prête ; autrement il ne serait plus un len, et le but de la loi serait manqué. De là il suit qu'un israélite peut être tenu de le prêter *more judaico*. C'est ce qu'a jugé la Cour de Colmar, par arrêt du 16 juin 1809, confirmé aussi par la Cour de cassation, le 12 juillet 1810 (2) : « Attendu, a « dit cette dernière Cour, que le serment étant un « acte religieux, il doit être prêté suivant le rite « particulier au culte de chaque témoin, etc. » Il s'agissait en effet, dans l'espèce, du serment à prêter par des témoins qui étaient juifs. Mais à plus forte raison, peut-on exiger d'une partie à laquelle il est déféré, qu'elle le prête suivant le mode et les rites de sa religion.

Art. VI.

Effet du refus de prêter le serment déféré ou référé.

594. Celui auquel le serment est légitimement déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer

---

(1) *Id est, religione.*

(2) Sirey, 1810-1-329.

à son adversaire, ou l'adversaire auquel il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. (Art. 1361.)

595. Lorsque la partie à laquelle le serment a été déféré a déclaré qu'elle était prête à le prêter, elle ne peut plus le référer : le pacte est formé, et elle doit l'exécuter (1).

596. Et le serment ne peut être référé quand le fait n'est point personnel à celui auquel on voudrait le référer (art. 1362). On peut toutefois le lui référer pour qu'il ait simplement à déclarer s'il n'a pas connaissance de ce fait. Tout ce que nous avons dit à ce sujet sur le cas du serment déféré à une partie à laquelle le fait n'est pas personnel, s'applique à celui où cette partie ayant elle-même déféré le serment, ce serment lui serait ensuite référé.

597. La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il était prêt à faire ce serment (art. 1364). La convention est formée, et elle doit recevoir son exécution. Mais il suit de là que, jusqu'à cette déclaration, celui qui a déféré le serment peut se rétracter, puisque ce n'est qu'*après* qu'il ne le peut plus. Il faut toutefois qu'il notifie sa rétractation avant la déclaration de l'adversaire, ou qu'il la fasse à l'audience ; et d'après la loi 11, au Code, *de rebus*

---

(1) Doneau, se fondant sur la loi 17 *princip.*, ff. *hoc tit.*, et sur la loi 5, au Code, *de obligat. et actionibus.*

creditis et de jurej., il ne peut plus déférer le serment.

Par la même raison, si c'est celui qui a référé le serment qui se rétracte avant que l'adversaire qui le lui avait déféré ait déclaré qu'il était prêt à le faire, il peut lui-même le prêter, en notifiant sa rétractation avant que l'adversaire ait déclaré son acceptation.

598. Si celui qui a déféré ou référé le serment fait à son adversaire remise de l'obligation de le prêter, le serment est censé fait. Voët et Perez le décident ainsi : ils se fondent sur la loi 37, ff. *hoc tit.*

ART. VII.

On n'est pas reçu à prouver la fausseté du serment.

599. Lorsque, porte l'art. 1363, le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté (1).

Et comme il *décide* la contestation, il n'y a pas lieu à interjeter appel du jugement, quoique la valeur du procès s'élevât d'ailleurs à plus de 1,000 fr. Le serment a l'effet de la chose jugée en dernier ressort ; car la partie qui l'a déféré ne peut dire que le tribunal, en jugeant suivant le serment, lui a fait GRIEF. *Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet. Non immeritò, cùm ipse quis judicem adversarium suum de causâ suâ fecerit, deferendo ei jusjurandum.* L. 1, ff. *quarum rerum actio non datur.*

(1) *Stari enim religioni debet.* L. 21, ff. *de dolo malo.*

600. Mais d'un autre côté, l'article 366 du Code pénal prononce la peine de la dégradation civique contre celui à qui le serment a été déféré ou référé en matière civile, et qui a fait un faux serment.

Or, comme d'après l'art. 1er du Code d'instruction criminelle, l'action civile, en réparation du dommage causé par un crime ou un délit, appartient *à tous ceux* qui ont été lésés par ce crime ou ce délit, il s'ensuit que celui à qui le faux serment a fait un préjudice, peut se rendre partie civile dans le procès criminel, et obtenir, à titre de dommages-intérêts, la réparation de ce préjudice. Ce n'est pas là attaquer le jugement rendu sur le serment faussement prêté : ce jugement n'en recevra pas moins son exécution ; c'est simplement réclamer une indemnité pour le préjudice souffert par suite d'un crime. Il est bien vrai que les lois romaines disaient, à l'égard du serment faussement prêté, *sufficit perjurii pœna;* L. 22, ff. *de dolo malo;* mais l'art. 1er du Code d'instruction criminelle ne contient aucune limitation : *tous ceux,* dit-il, qui sont lésés par un crime ou un délit, ont l'action civile pour en demander la réparation ; or, ici, il y a crime.

Nous disons que le jugement recevra son exécution ; et en effet, s'il prononce que la propriété de telle chose appartient à la partie qui a prêté le faux serment, cette partie demeurera réellement propriétaire de l'objet ; et s'il condamne l'autre partie à payer une somme, il y aura compensation des

dommages-intérêts avec la somme, si elle n'a pas encore été payée. Ainsi, l'art. 1363 du Code civil ne recevra pas moins son application. Ce n'est qu'au *civil* qu'il est interdit de prouver que le serment a été faussement prêté, et par respect pour la chose jugée; mais les dommages-intérêts sont demandés par une action accessoire à l'action criminelle, et la chose jugée n'en conserve pas moins son effet, puisqu'on ne demande point la réformation du jugement. Enfin, il n'est pas impossible que le serment contraire à la vérité ait été prêté de bonne foi, par erreur, ainsi que Voët suppose que cela peut avoir lieu; et dans ce cas, comme il n'y a point de crime, point d'action criminelle ni civile, l'article 1363 recevra son entier effet, même dans le sens de l'objection. Mais lorsqu'il y a faux serment prêté sciemment, il y aurait quelque chose de révoltant, que celui qui serait condamné à une peine infamante pour avoir prêté ce faux serment, pût s'enrichir par son crime. Le serment est sans doute une transaction, mais la fraude n'est point autorisée dans les transactions.

A plus forte raison en devrait-il être ainsi, s'il s'agissait d'un cas où le serment aurait été déféré par le juge *inopiâ probationum*, serment dont nous parlerons bientôt; car on ne peut pas même dire, dans ce cas, qu'il renferme transaction.

601. Bien mieux, si le serment n'a été déféré par l'une des parties à l'autre, que parce que celle-ci

avait retenu des pièces décisives appartenant à son adversaire, c'est là un cas de requête civile (art. 480, Cod. de procéd.), sur laquelle le jugement lui-même devra être rétracté. C'est l'opinion commune des auteurs, et notamment celle de Pothier, qui se fonde sur ce que la convention du serment peut, comme toute autre convention, être rescindée lorsqu'elle est la suite de la fraude de l'une des parties envers l'autre. Mais nous dirons plus simplement que la loi fait de la découverte de pièces décisives une ouverture à requête civile, lorsque ces pièces ont été retenues par la partie adverse, et elle ne distingue point d'après quelle cause le jugement a été rendu : sa décision est générale. Ainsi ce n'est pas le serment qu'on attaque, c'est le jugement : et si ce jugement n'était pas encore rendu lorsque les pièces viendraient à être découvertes, le juge pourrait rescinder le serment, sur le fondement du dol commis par la retenue des pièces ; et s'il l'était, et qu'on fût encore dans les délais de l'appel, la partie lésée pourrait appeler et faire réformer le jugement. Ce qu'elle pourrait faire par la voie de la requête civile, *à fortiori* peut-elle le faire par voie d'appel.

Voët va bien plus loin encore : tout en convenant, d'après les lois romaines, que le serment est inattaquable *sub pretextu perjurii,* il décide néanmoins, d'une manière générale, que si le dol est évident, si le serment a été prêté faussement avec connaissance de cause, il y a lieu à le rescinder,

comme on rescindrait une transaction pour cause de dol ou de fraude ; attendu, dit-il, que le serment lui-même est une transaction, et que c'est par cette raison qu'Ulpien, dans la loi 21, ff. *de dolo malo*, dit qu'on ne peut attaquer le serment, *quia per jusjurandum* TRANSACTUM *videtur.* Or, continue Voët, on peut attaquer les transactions pour cause de dol : donc on doit pouvoir attaquer un faux serment prêté sciemment. En sorte qu'il admettait la rescision du serment, si la découverte des pièces démontrait qu'il a été faussement prêté ; et il n'exigeait pas pour cela que les pièces eussent été retenues par le fait de celui qui l'avait prêté. Et quant à la décision d'Ulpien, qu'on ne peut attaquer le serment *sub pretextu perjurii*, Voët dit qu'il faut entendre cette décision du cas où la partie a prêté le serment de bonne foi, mais qu'ayant depuis reconnu la vérité du fait, elle veut néanmoins que ce serment produise son effet.

Toutefois Voët donne de ce texte une interprétation arbitraire, qui est même détruite complètement par la loi suivante, où le jurisconsulte Paul, en disant : *nam sufficit perjurii pœna*, suppose bien évidemment que le serment faussement prêté l'a été sciemment ; autrement il n'y aurait pas lieu de dire qu'il y a eu *parjure*. Les lois 15, ff. *de except. et præscript.*, et 1, Cod. *de rebus credit. et jurejur.*, détruisent aussi cette interprétation.

Et quant à la découverte de pièces nouvelles qui démontreraient que le serment a été faussement

prêté, la loi 31, ff. *de jurejur.*, en fait bien un cas de rescision du serment déféré par le juge, mais non de celui qui a été déféré par l'une des parties à l'autre. Nous reviendrons bientôt sur cette loi.

Il faut tenir en effet que le serment décisoire ne peut être attaqué sur le motif du dol ou de la fraude, sans préjudice de ce que nous avons dit sur le cas où il y a poursuite criminelle, et sur le cas aussi où celui qui l'a prêté a retenu les pièces de son adversaire, cas dans lequel il y a ouverture à requête civile contre le jugement, ce qui fera tomber indirectement le serment.

Le dol personnel, il est vrai, est aussi un cas de requête civile (art. 480-1°, Cod. de procéd.), et celui qui prête sciemment un faux serment commet si bien un dol, que cette action est un crime d'après le Code pénal; mais la loi rend non recevable à en faire la preuve au civil; au lieu que lorsque le jugement a été rendu faute par la partie condamnée de produire des pièces décisives qui ont été retenues par son adversaire, la loi permet la preuve de ce fait, puisqu'elle en fait un cas de requête civile, sans qu'elle distingue à cet égard entre les jugemens rendus sur serment décisoire et les autres.

ART. VIII.

Entre quelles personnes et sur quelle chose le serment prêté ou refusé produit son effet.

602. De même que l'autorité de la chose jugée et les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties,

leurs héritiers et ayant-cause ; pareillement le serment prêté ou remis ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a prêté ou auquel il a été remis, et de ses héritiers ou ayant-cause (art. 1365).

Et le refus de prêter le serment légalement déféré ou référé, et qui n'a point été remis, ne fait preuve aussi que contre celui qui a fait refus, ses héritiers et ayant-cause (*ibid.*).

603. Par une dérogation aux principes du droit romain, et dont nous avons parlé précédemment, tome XI, n° 174, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. (*ibid.*).

Mais le serment déféré par le débiteur à l'un des créanciers, et prêté par lui, profiterait aux autres, puisque la prescription interrompue par l'un d'eux est censée interrompue au profit de tous (art. 1199). Or, le serment est essentiellement un acte conservatoire : c'est une reconnaissance de la dette de la part du débiteur.

604. Le serment déféré au débiteur principal libère aussi les cautions (1365) ; à moins toutefois qu'il l'ait été seulement sur une exception purement personnelle au débiteur, comme, dans le cas de minorité, sur la question de savoir s'il a fait ou non un bon emploi des deniers qui lui ont été prêtés ; auquel cas le serment ne profiterait point aux cautions (art. 2012 et 2036).

Mais, en sens inverse, le serment déféré au dé-

biteur principal, ou le refus de celui-ci de le prêter, ne serait point obligatoire pour la caution.

Celui qui a été déféré à la caution, sur le fait même de la dette, profite au débiteur principal ; mais s'il ne l'a été que sur le fait du cautionnement, ou sur quelque exception personnelle à la caution, il ne profite point au débiteur (même art. 1365).

Il faut dire la même chose, et avec la même distinction, du serment prêté par l'un des cofidéjusseurs, par rapport au débiteur principal et par rapport aux autres cofidéjusseurs.

Et l'on sent que le serment déféré par la caution ou par l'un des cofidéjusseurs au créancier, ou le refus par cette caution ou ce cofidéjusseur de prêter celui qui lui a été déféré, ne peut nuire soit au débiteur principal, soit aux cofidéjusseurs, s'ils n'ont point donné de pouvoir spécial à cet effet.

605. Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aussi aux codébiteurs, s'il a été déféré sur la dette ; mais s'il ne l'a été que sur le fait de la solidarité, ou sur une exception personnelle à ce débiteur, il ne leur profite point (*ibid.*).

Mais, en sens inverse, le serment déféré par l'un des débiteurs solidaires au créancier, ou le refus de prêter celui qui lui a été déféré par ce dernier, ne peut préjudicier aux codébiteurs (1).

---

(1) Voët, *ad Pandectas*, tit. *de jurejur.*, n° 22.

Voyez au surplus, sur tous ces points, ce que nous avons dit plus haut sur l'effet des jugemens, n° 517, et suivans.

606. Et comme l'un d'entre plusieurs créanciers d'une obligation indivisible ne peut seul faire remise que pour sa part ; que s'il a remis seul toute la dette, les autres peuvent encore demander la chose indivisible, à la charge toutefois de tenir compte de la portion de celui qui a fait la remise (art. 1224) ; de même l'on doit dire que le serment déféré par l'un d'eux ne nuit pas aux autres, et en conséquence qu'ils peuvent encore demander l'exécution de l'obligation indivisible : toutefois en tenant compte au débiteur de la portion de celui qui a déféré le serment ou refusé de le prêter, comme dans le cas d'une créance solidaire au profit de plusieurs ; car il doit être considéré comme ayant fait remise de la sienne. Mais si c'est lui qui a prêté le serment, il a conservé le droit de tous, comme l'aurait fait un créancier solidaire en interrompant la prescription.

607. Le serment déféré à l'un des héritiers du débiteur même d'une chose indivisible, ou son refus de le prêter, ne nuit point à ses cohéritiers ; et il en est de même si la dette a été contractée par plusieurs, puisque, ainsi que nous venons de le dire, il ne leur nuit pas dans le cas même de solidarité.

Et par l'effet des mêmes principes, celui qui est prêté par l'un des héritiers du débiteur ne profite point à ses cohéritiers.

On doit même le décider ainsi quoique la dette fût indivisible. S'il en est autrement dans le cas du

serment prêté par l'un des codébiteurs solidaires, lorsqu'il n'a pas été déféré sur le fait de la solidarité ou d'une exception purement personnelle, mais bien sur le fait de la dette elle-même, c'est parce que dans les obligations solidaires chacun des débiteurs doit toute la dette par la nature même de l'engagement, de manière toutefois que le paiement fait par l'un d'eux libère les autres ; mais dans l'obligation simplement indivisible, chacun des débiteurs ne doit au fond que sa part, et il n'aurait à payer que cela si la chose était susceptible de parties : aussi, quand l'obligation se convertit en dommages-intérêts n'en doit-il que sa portion. Or, le serment l'affranchit bien de ce qu'il doit, mais il n'affranchit pas les autres. Toutefois le créancier devra tenir compte à ces derniers de la portion de celui auquel il a déféré le serment dans la valeur du droit, selon ce qu'elle sera estimée, par argument de l'art. 1224, qui suppose cette estimation dans un cas aussi d'obligation indivisible.

608. Le serment, comme l'autorité de la chose jugée, comme la transaction, à laquelle on l'assimile si souvent, ne fait preuve que de la chose ou du fait sur lesquels il a été déféré, et nullement par rapport à une autre chose, quoique semblable et dérivant de la même cause.

Ainsi, celui qui a formé une demande contre un héritier pour la part de ce dernier, et qui a succombé pour n'avoir pas voulu prêter le serment

qui lui a été déféré ou référé par cet héritier, peut encore former une semblable demande contre le cohéritier et pour la même cause ; car, indépendamment de ce que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les parties, il est vrai de dire que ce qui est demandé actuellement au cohéritier n'est pas la même chose que ce qui est demandé au premier et sur quoi le serment a été référé et refusé ; c'est seulement une chose semblable, *et mutatio personarum, aliam atque aliam rem facit.*

Et celui qui possède une chose, et auquel le serment a été déféré pour qu'il eût à jurer qu'elle n'appartenait pas au demandeur, n'a pas par cela seul juré qu'elle lui appartenait à lui-même : en conséquence, tant qu'il la possèdera, il pourra bien se défendre contre celui qui lui a déféré le serment, et qui voudrait la revendiquer de nouveau ; mais s'il vient à perdre la possession, et que la chose parvienne dans les mains de celui qui lui a déféré précédemment le serment, il ne pourra pas argumenter de ce serment pour se la faire restituer. Car, de ce qu'elle n'appartenait pas à son adversaire lorsque celui-ci lui a déféré le serment, il ne s'ensuit pas qu'elle lui appartînt à lui-même ; or, il faudrait cependant qu'elle fût à lui actuellement pour qu'il pût la revendiquer, la revendication n'étant donnée qu'au propriétaire. Il en serait autrement si le serment lui avait été déféré sur le point de savoir si la chose était à lui, et qu'il l'eût prêté dans ces termes. L. 11, *princip.*, ff. *hoc tit.*

A plus forte raison le serment prêté ou refusé au possessoire n'a-t-il aucun effet sur le pétitoire, puisque la possession et le droit de propriété, ou de servitude, sont des choses tout-à-fait distinctes.

§ II.

Du serment déféré d'office.

SOMMAIRE.

609. *Quel est le serment déféré d'office par le juge, communément appelé* supplétoire.

610. *Lois romaines d'où a été tiré l'usage de ce serment.*

611. *Conditions générales exigées par ces lois pour que le juge doive le déférer.*

612. *Confirmées par l'art.* 612; *texte de cet article.*

613. *Ce serment diffère beaucoup, dans son principe et dans ses effets, de celui que l'une des parties peut déférer à l'autre pour en faire dépendre la décision de la cause.*

614. *Suite.*

615. *Le serment déféré d'office ne peut être référé à l'autre partie, mais celle-ci peut encore déférer le serment décisoire, et l'effet ne serait pas le même.*

616. *A laquelle des deux parties le juge doit-il déférer le serment?*

617. *Suite et distinction.*

618. *Suite.*

619. *Suite quant aux registres des marchands entre ceux-ci.*

620. *Les registres des marchands, bien tenus, peuvent autoriser le juge à déférer au marchand qui jouit d'une bonne réputation, le serment sur les fournitures faites aux personnes non marchandes.*

621. *Les registres des personnes non marchandes n'ont pas cet effet contre les tiers.*

622. *Et les lettres de change et billets à ordre, prescrits par*

609. Le serment déféré d'office est celui que le juge peut lui-même déférer à l'une des parties, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation. (Art. 1366.)

Nous traiterons séparément de chaque espèce.

ART. I[er].

Du serment déféré d'office pour en faire dépendre la décision de la cause.

610. Le principe ou l'origine de ce serment se trouve dans la loi 31, ff. *de jurejurando*, où il est dit: *Solent judices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundùm eum judicare qui juraverit;* et dans la loi 3, au Code, *de rebus credit. et de jurej.*, qui

porte aussi : *In bonæ fidei contractibus, nec non in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

611. Il résulte de ces textes que, pour que le juge puisse régulièrement déférer le serment à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause, il faut le concours des trois circonstances suivantes (1); sinon il doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande :

1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée : c'est ce que veulent dire ces termes *inopiâ probationum,* qui ne signifient pas manque absolu de preuves à l'appui de la demande ou de l'exception, mais preuves incomplètes : ce qui rend la cause douteuse, *in dubiis causis.*

2° Que la demande ou l'exception ne soit pas totalement dénuée de preuves; c'est le sens de ces mots *in dubiis causis*, c'est-à-dire dans les causes douteuses, *in quibus causis judex est dubius et anceps, ob minùs plenas probationes allatas.*

3° Enfin que le juge ne défère pas le serment au commencement de l'affaire, mais après un examen préalable des preuves faites de part et d'autre, *causâ cognitâ*, afin d'estimer s'il est convenable de le déférer, et à laquelle des deux parties il convient de le déférer.

---

(1) *Voyez* Vinnius, *Selectæ quæst.*, *lib.* 1, *quæst.* 44; et Dumoulin, sur la loi 3, au Code, *de rebus credit. et de jurejur.*

612. Cette doctrine est généralement consacrée par le Code, dans l'art. 1357, ainsi conçu :

« Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit « sur la demande, soit sur l'exception qui y est oppo- « sée, que sous les deux conditions suivantes ; il faut :

« 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas « pleinement justifiée ;

« 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de « preuves.

« Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou « rejeter purement et simplement la demande. »

613. Ce serment, comme on le voit, diffère beaucoup dans son principe de celui que l'une des parties peut déférer à l'autre, puisque celui-ci peut être déféré quoiqu'il n'y ait aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360); et il en diffère aussi beaucoup dans les effets.

Ainsi, dans le cas du serment décisoire, la découverte de pièces, même décisives, n'empêcherait pas qu'il n'eût tout son effet, sans qu'on pût même appeler du jugement rendu en conséquence; sauf le cas où les pièces auraient été retenues par l'adversaire, cas dans lequel, comme nous l'avons dit, il y aurait lieu à la requête civile, si le jugement avait été rendu en dernier ressort, où se trouvait passé en force de chose jugée au moment de la découverte des pièces, et à l'appel, si l'on était encore dans les délais; enfin, à la rescision du serment lui-

même, si le jugement n'était pas encore rendu.

Au lieu que dans le cas du serment déféré d'office, si la partie à l'adversaire de laquelle il a été déféré vient à découvrir des pièces propres à éclairer la religion du magistrat, quoique non retenues d'abord par l'adversaire, et que le jugement n'ait pas encore été rendu, le juge peut n'avoir aucun égard à ce serment. Si les pièces n'ont été découvertes qu'après un jugement rendu en premier ressort, et qu'on soit encore dans les délais de l'appel, la partie condamnée peut en appeler et le faire réformer. Le juge d'appel peut même déférer le serment à l'appelant, ainsi que le dit fort bien Pothier d'une manière générale; car ce serment n'est point *décisoire;* ce n'est qu'un simple moyen d'instruction, auquel le juge supérieur n'est pas obligé de se tenir, si le jugement rendu d'après ce serment lui paraît porter les caractères d'un *mal jugé.* Il n'y aurait pas lieu sans doute au recours en cassation, puisqu'aucune loi n'aurait été violée; mais il y aurait lieu à l'appel comme d'un jugement rendu sur une preuve par témoins, ou sur de simples présomptions du nombre de celles qui sont abandonnées à la prudence et aux lumières du magistrat.

614. Mais, dans cette hypothèse de pièces nouvelles qui n'ont point été retenues par le fait de l'adversaire, si le jugement avait été rendu en dernier ressort, ou si les délais de l'appel se trouvaient expirés au moment de la découverte des pièces,

il n'y aurait aucune voie pour le faire réformer, pas même la requête civile. On ne pourrait dire, pour prétendre qu'elle existe, que le dol personnel est aussi un cas d'ouverture, d'après l'art. 480-1° du Code de procédure, et qu'il y a dol personnel dans celui qui a prêté un faux serment. D'abord, il ne serait pas impossible que le serment eût été prêté de bonne foi. En second lieu, en supposant qu'il l'eût été de mauvaise foi, la preuve n'en est pas recevable au civil. Il est vrai que l'art. 1363, qui le décide ainsi, est placé sous le paragraphe qui traite du serment déféré par l'une des parties à l'autre, tandis que nous raisonnons sur le cas où il a été déféré par le juge; mais cette circonstance doit être indifférente quant à la question qui nous occupe. Car si l'allégation du serment faussement prêté était l'allégation du dol personnel dans le sens de la loi sur la requête civile, la requête civile devrait avoir lieu aussi dans le cas du serment décisoire, quoique les pièces découvertes depuis le jugement n'eussent pas été retenues par celui qui l'a prêté, puisqu'elles n'en démontreraient pas moins la fausseté: or, une telle prétention ne pourrait se soutenir devant l'art. 1363. Et si nous décidons le contraire dans le cas où les pièces ont été retenues par celui qui a prêté le serment, c'est parce que la retenue de ces pièces est un cas spécial de requête civile. Nous n'attaquons point du tout le jugement à raison du serment, nous l'attaquons à raison du fait de la retenue des pièces par la partie, peu im-

porte qu'elle ait ou non prêté serment : nous n'avons pas *transigé*, par le serment, sur ce même fait, qui était alors inconnu à l'une des parties.

Toutefois, le droit romain, qui n'admettait pas non plus que la découverte des pièces, même décisives, fût une cause de rescision du serment déféré par l'une des parties à l'autre, décidait le contraire à l'égard du serment déféré par le juge. La loi 31, ff. *de jurejurando*, etc., fait formellement cette distinction. Mais il est évident que le motif légal de la rescision du serment déféré par le juge n'est pas la seule considération du dol, puisque le dol existe dans un cas comme dans l'autre, et puisque si dans le serment décisoire il y a transaction (*per jusjurandum transactum videtur*), les transactions peuvent être rescindées pour cause de dol. Cette loi le décide ainsi parce que le juge n'a déféré le serment que *inopiâ probationum*, comme forcé en quelque sorte par les circonstances de la cause. Mais dans notre droit, une fois le jugement rendu, n'importe la cause qui l'a fait rendre, il n'appartient point aux tribunaux d'en empêcher l'effet tant qu'il subsiste. Il peut, selon nous, être anéanti indirectement par l'effet de la requête civile; mais il faut pour cela que l'on soit dans un des cas prévus par la loi ; or, en disant que la découverte de pièces décisives retenues par l'adversaire est une ouverture à requête civile, la loi fait clairement entendre qu'il n'en est pas ainsi du cas où ces pièces n'ont point été retenues par lui. Et si l'on devait comprendre

dans l'ouverture pour cause de dol personnel, l'allégation du serment faussement prêté, cela aurait dû être, ainsi que le pensait Voët, aussi bien dans le cas du serment décisoire que dans le cas du serment déféré par le juge, soit que les pièces nouvellement découvertes n'eussent pas été retenues par celui qui a prêté le serment, soit que ce fût lui qui les eût retenues; et cependant il est bien certain que si la requête civile est admise dans le cas du serment décisoire, ce ne peut être qu'autant que celui qui l'a faussement prêté retenait alors des pièces décisives appartenant à son adversaire.

615. Une autre différence entre le serment déféré par l'une des parties à son adversaire, et celui qui est déféré par le juge, c'est que, dans ce dernier, celui auquel il a été déféré ne peut le référer à l'autre partie (art. 1368). La raison qu'en donnait Pothier, c'est que, pour qu'on puisse *référer* le serment à quelqu'un, il faut que ce soit lui qui l'ait *déféré*, le mot *référer* étant corrélatif de celui *déférer*.

Mais il ne s'agit là que du serment supplétoire : la partie à laquelle il a été déféré pourrait, suivant nous, *déférer* le serment décisoire à son adversaire, puisque ce serment peut être déféré en tout état de cause, et ce ne serait point là *référer* le serment déféré par le juge. Les différences dans les effets de l'un et de l'autre serment sont d'ailleurs assez importantes pour qu'on ne dût point

voir dans ce parti un moyen d'éluder l'art. 1358, car dans un cas la cause est *décidée*, et dans l'autre elle ne l'est point définitivement (1).

616. Les auteurs établissent comme règle générale que le juge doit déférer le serment à celles des parties en la bonne foi de laquelle il a le plus de confiance, et c'est aussi une raison que donnent quelques-uns d'entre eux pour justifier cette règle, que le serment déféré d'office ne peut être référé; mais, selon nous, elle n'est pas très bonne.

Quoi qu'il en soit, l'art. 1367 disant que ce serment peut être déféré soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, on peut établir aussi comme règle générale, qu'il doit être déféré de préférence au demandeur, si c'est sur la demande qu'il est déféré; et au défendeur, si c'est sur l'exception.

617. Toutefois, comme il n'est déféré que lorsque la demande ou l'exception n'est ni pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve, et qu'ainsi, en se combattant elles se réduisent ou peuvent se réduire à une force égale, et, de la sorte, se neutraliser l'une par l'autre, de même qu'en physique des forces égales se tiennent en équilibre, et s'annulent ainsi réciproquement; si cela a lieu, ce n'est pas, selon nous, le cas de déférer le serment d'office, mais bien de rejeter purement et simplement la demande.

---

(1) Voyez *infrà*, n° 623.

Ainsi, Paul forme contre moi demande en paiement d'une somme de 150 fr., qu'il dit m'avoir prêtée tel jour, dans telle circonstance; je nie le prêt : il demande à le prouver par témoins, et, admis à la preuve testimoniale, il fait entendre deux personnes qui déposent en effet avoir vu Paul, ce même jour, me prêter les 150 fr. Mais, de mon côté, je fais entendre deux témoins qui déposent que quelques jours après celui où aurait eu lieu le prétendu prêt, Paul m'a dit, en leur présence, dans une conversation où je lui demandais pourquoi il n'avait pas voulu me prêter 150 fr. tel jour, que s'il ne me les avait pas prêtés, c'est parce qu'il ne les avait pas; et mes témoins sont des gens tout aussi dignes de foi que ceux qui ont déposé en sa faveur, et en pareil nombre, et leurs dépositions se rapportent parfaitement au prétendu prêt en question. Ces divers témoignages étant d'égale force, ils nous paraissent se neutraliser entièrement, et d'après cela, la demande nous semble tout-à-fait dénuée de preuve, comme s'il n'y en avait ni de part ni d'autre. Suivant nous, en pareil cas, le juge n'a point à déférer le serment, même au défendeur; il doit purement et simplement le renvoyer de la demande, sauf au demandeur à déférer lui-même le serment décisoire, ainsi qu'il en a le droit en tout état de cause, quoique sa demande ne repose sur aucune preuve qui ne soit neutralisée par une preuve contraire d'une égale force. Si le juge agissait autrement, sa décision devrait être réformée en ap-

pel; mais il serait bien difficile qu'elle le fût en cassation, attendu qu'il a un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur respective des preuves.

Aussi a-t-il été jugé, par arrêt de rejet, cité dans le Répertoire de M. Merlin, v° *serment*, que le tribunal avait pu, sans contrevenir aux articles 1341, 1353, 1367 et 1368, avoir égard aux déclarations faites par les parties elles-mêmes à l'audience, et déférer le serment au demandeur, pour assurer davantage la sincérité des siennes. Dans l'espèce, il s'agissait de la demande du prix d'un cheval, que le demandeur prétendait avoir vendu 300 fr., et que le défendeur soutenait lui avoir été simplement prêté. Il n'y avait de part et d'autre que de simples allégations; le jugement ne constatait aucun aveu duquel on eût pu faire résulter un commencement de preuve; et par cette raison, le défendeur disait dans son pourvoi que c'était mal à propos que le tribunal avait fondé la faculté de déférer le serment au demandeur, sur de simples présomptions qui étaient inadmissibles, attendu que la preuve testimoniale, dans l'espèce, ne l'était pas. Selon notre opinion, le jugement était mal rendu; mais comme le tribunal avait déclaré *en fait* que la demande n'était pas absolument dénuée de preuve, le pourvoi a dû être rejeté, sans qu'on doive toutefois en rien conclure quant à la question qui nous occupe.

Au surplus, notre décision cesse d'être applicable lorsque les preuves, sans être complètes de part et d'autre, ne sont cependant pas égales, soit

à raison de la différence dans le nombre des témoins, soit à cause de la gravité du témoignage de ceux-ci; et dans ce cas, le juge devrait généralement déférer le serment à celle des deux parties qui aurait les preuves les plus fortes, puisque c'est un serment *supplétoire*. Il ne devrait agir différemment qu'autant que des raisons particulières le porteraient à avoir plus de confiance en l'autre partie.

618. Si la preuve n'est faite que par un seul témoin, on est assez d'accord, même aujourd'hui (1), que ce témoignage unique ne suffit généralement pas pour déterminer le juge à y voir une preuve complète, mais qu'il n'est pas non plus sans quelque force; qu'il y a lieu au serment d'office, si le juge croit devoir le déférer. Dans ce cas, ce doit être, en général, à celui en faveur duquel est la déposition, que le serment doit être déféré. Et ce que nous disons d'un témoignage unique, est applicable aussi à plusieurs témoignages qui laissent des doutes dans l'esprit du juge, puisque, d'après la doctrine que nous avons exposée sur les preuves testimoniales, les tribunaux aujourd'hui ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la valeur de la déposition des témoins, en quelque nombre qu'ils soient. A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque les témoignages sont contraires, sans être toutefois d'une égale force; car s'ils l'étaient,

(1) Voyez ce qui a été dit, *suprà*, n° 399 et suivans.

le juge, selon nous, devrait rejeter purement et simplement la demande.

619. D'après l'art. 17 du Code de commerce, si la partie aux livres de laquelle l'autre partie offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à celui qui en a demandé la représentation; ce qui prouve qu'il n'a pas toujours le choix de le déférer indistinctement à l'une ou à l'autre des parties.

620. Et suivant l'art. 1329, les livres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, mais cet article ajoute : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment;* c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut, que le juge peut voir dans les livres un commencement de preuve suffisant pour l'autoriser à déférer le serment, conformément à l'art. 1367, puisqu'autrement, en appliquant ces mots au serment décisoire, ils n'auraient aucun sens, le serment décisoire pouvant très bien être déféré sans les registres. Et dans ce cas, le serment doit généralement être déféré au marchand, attendu que c'est sur la *demande* qu'il y a contestation, que c'est cette demande qui n'est ni pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve. Il faut, au surplus, que le marchand jouisse d'une bonne réputation, que ses livres soient régulièrement tenus, et que la fourniture soit vraisemblable. Et si c'était sur le paiement que s'élevât la contes-

tation, le serment, dans l'esprit de l'art. 1367, devrait, en général, être déféré au défendeur, dont l'exception ne serait, non plus, ni pleinement justifiée ni totalement dénuée de preuve.

621. Quant aux registres et papiers domestiques des personnes non marchandes, comme ils ne font point un titre pour celui qui les a écrits (art. 1331), le juge ne doit avoir aucun égard à ceux d'un demandeur en restitution d'un prêt ou d'un dépôt, à l'effet de pouvoir lui déférer le serment d'office. Dans ce cas il est vrai de dire que la demande est totalement dénuée de preuve; or, dans cette hypothèse, l'art. 1367 veut que le juge rejette purement et simplement la demande (1).

622. Et les billets à ordre et lettres de change, prescrits par cinq ans, d'après l'art. 189 du Code de commerce, ne peuvent pas non plus autoriser les tribunaux à déférer d'office le serment, même au défendeur; il n'y a lieu qu'au serment décisoire.

623. Pothier dit que quand même la preuve de la demande serait complète, si le juge défère le serment au demandeur, celui-ci doit le prêter, et que s'il ne le prête pas et qu'il soit condamné, il ne devra pas être reçu à appeler du jugement. « Car, dit cet auteur, « quoique le juge eût pu *et même dû*, la preuve pa- « raissant complète, lui donner gain de cause, sans

---

(1) *Voyez* en ce sens l'arrêt de cassation du 2 mai 1810, au Répertoire de M. Merlin, vº *serment*.

« exiger son serment, il ne lui a pas néanmoins fait « grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien à la « partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai ; le refus « qu'elle fait d'affirmer ce fait atténue et diminue « la preuve qu'il avait faite. »

Le Code en décide autrement dans l'hypothèse faite par Pothier, d'une demande dont la preuve serait complète. Dans ce cas, le juge *doit*, d'après l'article 1367, adjuger au demandeur ses conclusions ; et s'il ne le faisait pas, il lui ferait *grief*, puisqu'il lui dénierait réellement justice. Quant à ce que dit Pothier, que la partie ne peut se plaindre de ce que le juge lui demande son affirmation sur un fait qu'elle sait être vrai, cela n'est pas tout-à-fait exact ; car, suivant Pothier lui-même, il est beaucoup de personnes qui, par des motifs de religion, redoutent singulièrement de prêter le serment. Et si cette considération ne nous empêche pas de croire que le serment décisoire peut, en général (1), être déféré même à celui qui a complété sa preuve, c'est parce que la loi dit qu'il peut être déféré en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou *de l'exception*, et parce qu'en outre les effets de ces deux sermens sont bien différens. En effet, dès que j'ai prêté le serment que m'a déféré mon adversaire, ma cause

---

(1) Nous disons *en général*, parce que, suivant ce que nous avons vu plus haut, s'il n'y a un acte authentique, dans lequel le notaire a attesté le fait comme s'étant passé sous ses yeux, le serment ne doit pas être déféré au porteur de cet acte sur ce même fait.

est définitivement gagnée : je n'ai point à redouter l'appel qu'il croirait devoir interjeter : cet appel serait rejeté. Au lieu que le serment déféré par le juge n'empêche pas celui qui a été condamné d'interjeter appel du jugement.

C'est ce qu'enseigne Pothier lui-même : il dit avec raison que le juge d'appel peut réformer le jugement s'il lui paraît contenir un *mal jugé*, et, pour cela, déférer le serment à l'autre partie, s'il croit que la contestation doit plutôt se décider sur le serment de celle-ci. C'est, dit-il, ce qui se voit tous les jours.

Cette notable différence dans les effets de l'un et de l'autre serment ne permet donc pas de dire avec cet auteur que, dans le cas où la preuve du demandeur est complète, si le juge lui défère le serment, et que son refus de le prêter le fasse condamner, son appel doit être déclaré non recevable, comme si c'eût été l'autre partie qui le lui eût déféré. Cette doctrine ne pourrait se soutenir devant notre article 1367, qui veut qu'en pareil cas le juge adjuge purement et simplement la demande, et qui décide par cela même que le juge qui n'agit pas ainsi fait grief, grief d'appel à ce demandeur.

Art. II.

Du serment déféré par le juge sur la valeur de la chose demandée.

624. Ce serment, que, dans le droit romain, on appelait *juramentum in litem*, ne doit être déféré par

le juge que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement la valeur de la chose demandée (art. 1369) : comme serait le cas d'un cheval promis, et qui est venu à périr par la faute de celui qui l'avait emprunté, ou d'un depôt de choses cachetées, et qui ont été perdues par la faute du dépositaire, etc., etc.

625. C'est au demandeur qu'il doit être déféré ; l'article dit : « le serment sur la valeur de la chose « demandée ne peut être déféré par le juge *au de-* « *mandeur*, que lorsqu'il est d'ailleurs impossible « de constater autrement cette valeur. »

626 Le juge doit même, en ce cas, déterminer une somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. (*Ibid.*)

Et pour cela, il doit prendre en considération la qualité de la personne et les circonstances du fait. Par exemple, si un individu réclame d'un maître d'hôtellerie des dommages-intérêts pour cause de perte de sa valise, et que la somme par lui réclamée paraisse exorbitante à raison de son état et des circonstances du fait, qui font raisonnablement douter qu'il y eût dans la valise des effets pour la valeur par lui prétendue, le juge, prenant en considération ces diverses circonstances, fixera une somme jusqu'à concurrence de laquelle seulement le demandeur en sera cru sur son serment. En déterminant la somme, le juge doit même être généralement plus réservé lorsque le défendeur n'a commis ni fraude,

ni faute grave, mais seulement quelque imprudence légère, ou une simple négligence, ou bien lorsqu'il est poursuivi pour la faute de quelque personne dont il est civilement responsable.

627. Nous ne connaissons pas dans notre droit le serment que les interprètes du droit romain nomment *juramentum affectionis;* nous ne connaissons à cet égard que le serment sur la valeur réelle de l'objet demandé, *juramentum veritatis.*

Le juge déférait le premier au demandeur lorsqu'il y avait eu dol de la part de défendeur, ou lourde faute, laquelle, dans les contrats, était assimilée au dol : *magna culpa dolo æquiparatur* (1); et dans ces cas, indépendamment de la valeur de la chose, le demandeur pouvait se faire payer le prix de l'affection particulière qu'il avait pour elle. C'est de ce serment qu'il est question dans les lois 64, ff. *de judiciis*, et 1, ff. *de in litem jurejurando*. L'autre serment était déféré dans le cas où le défendeur n'avait commis ni dol ni faute grave. Et même dans la première hypothèse, le magistrat déterminait encore une somme jusqu'où pouvait aller le prix d'affection, *ne juraret in immensum petitor.*

628. Mais, outre la valeur réelle de la chose, il y aurait lieu aussi chez nous à prendre en considération le préjudice que sa perte a pu occasioner au demandeur. Dans le cas, en effet, où le corps certain

---

(1) *Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est.* L. 226, ff. *verb. signif.*

qui faisait la matière d'une obligation solidaire est venu à périr par la faute de l'un des débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, l'art. 1205 suppose qu'il peut être dû au créancier des dommages-intérêts, indépendamment de la valeur de la chose, parce qu'en effet les dommages-intérêts se composent, en général, de la perte que l'on a faite, et du gain dont on a été privé (art. 1149). Le juge, en fixant la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment, devrait donc prendre aussi en considération le préjudice que la privation de la chose a pu, à raison de quelque circonstance particulière, causer au demandeur, indépendamment de la valeur réelle qu'aurait l'objet demandé. Mais il ne doit avoir aucun égard au prétendu prix d'affection.

FIN DU TITRE DES CONTRATS ET DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

TITRE IV.

Des engagemens qui se forment sans convention.

SOMMAIRE.

629. *Sources générales des engagemens ou obligations qui naissent sans convention.*

629. Après avoir tracé les règles qui concernent les contrats et les obligations conventionnelles en général, les rédacteurs du Code traitent des engagemens qui se forment sans convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.

« De ces engagemens, porte l'art. 1370, les uns ré-« sultent de la seule autorité de la loi, les autres résul-« tent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

« Les premiers sont les engagemens formés invo-« lontairement, tels que ceux entre propriétaires « voisins, ou ceux des tuteurs et autres administra-« teurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur « est déférée.

« Les engagemens qui naissent d'un fait personnel « à celui qui se trouve obligé, résultent ou des « quasi-contrats ou des délits ou quasi-délits. »

Toutefois le quasi-contrat de gestion d'affaires, dont nous allons d'abord parler, oblige non seulement celui qui a géré l'affaire d'un autre, mais il oblige aussi ce dernier, quoiqu'il n'y ait aucun fait personnel de sa part dans la gestion.

Et dans les délits et quasi-délits, on est non seulement obligé à raison de son fait personnel, mais

encore à raison du fait des personnes dont on doit répondre.

CHAPITRE PREMIER.

Des quasi-contrats.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

630. *Définition des quasi-contrats d'après le Code, mais incomplète.*
631. *Le Code ne parle ici que de deux quasi-contrats: celui de la gestion des affaires d'autrui, sans mandat, et le paiement fait indûment.*
632. *Renvoi à d'autres parties de l'ouvrage, en ce qui concerne les obligations qui naissent d'autres causes que l'on regardait aussi anciennement comme des quasi-contrats.*

630. Les quasi-contrats, suivant l'art. 1371, sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte une obligation envers quelqu'un, et quelquefois des obligations réciproques.

Des faits purement volontaires de l'homme, pour distinguer les quasi-contrats des contrats, qui ne sont pas considérés comme des *faits*, mais comme des conventions.

Mais il fallait ajouter au mot *faits*, pour compléter la définition, le mot *licites*, afin de distinguer les quasi-contrats des délits et quasi-délits, qui sont aussi des faits volontaires de l'homme, dont il résulte une obligation envers quelqu'un.

631. Le Code, dans ce chapitre, ne parle que de

deux quasi-contrats : la gestion des affaires d'autrui sans mandat, et le paiement d'une chose qui n'était pas due ; tandis que dans les anciens principes (1), on regardait aussi comme des quasi-contrats, l'administration d'une tutelle, celle d'une chose commune sans société, l'acceptation d'une hérédité, laquelle obligeait l'héritier envers les légataires et envers les créanciers, quoique, du reste, l'héritier soit moins censé obligé envers les créanciers en vertu d'un quasi-contrat, qu'en vertu des engagemens mêmes du défunt, qu'il représente.

632. Comme nous avons expliqué précédemment ce qui concerne les obligations qui naissent de l'administration de la tutelle, et celle des héritiers envers les créanciers et les légataires, nous n'avons point à en parler ici ; et nous confondrons l'administration d'une chose commune sans société, avec la gestion des affaires d'autrui sans mandat.

Nous parlerons d'abord de la gestion d'affaires, et ensuite du paiement fait indûment.

SECTION PREMIÈRE.

De la gestion des affaires d'autrui sans mandat.

SOMMAIRE.

633 *Division de la matière.*

633. Il y aura à voir sur cet objet :

---

(1) *Voyez* les observations que nous avons faites au tome X, n° 27, relativement à la distinction introduite par le Code, entre les engagemens des tuteurs et les quasi-contrats.

1° Ce qu'on entend par quasi-contrat de gestion d'affaires, et les motifs qui ont fait admettre les obligations qui en naissent;

2° Les conditions requises pour que ce quasi-contrat existe;

3° Les obligations qui en résultent.

§ Ier.

Ce qu'on entend par quasi-contrat de gestion d'affaires, et motifs qui ont fait admettre les obligations qui en résultent.

SOMMAIRE.

634. La gestion d'affaires proprement dite, est un quasi-contrat, à raison duquel celui qui a fait l'affaire d'un autre, sans mandat de la part de celui-ci, est tenu de lui rendre compte, et l'a pour obligé au paiement de ses déboursés. L'équité le veut ainsi.

Nous disons *sans mandat*, parce que s'il y avait un mandat, ce serait un contrat.

635. La raison qui a fait admettre, dans le droit, les obligations qui naissent de ce quasi-contrat, c'est l'utilité des personnes qui, pour quelque cause, et généralement celle de l'absence, sont empêchées de veiller à la conservation de leurs biens, en tout ou partie : *Hoc edictum necessarium est : quoniam*

magna utilitas absentium versatur ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuriâ rem suam amittant. L. 1, ff. *de negotiis gestis.*

Et par analogie de motifs, on étendit l'édit à tous les cas où l'affaire d'une personne avait été administrée par un tiers, soit à raison de l'enfance ou de la démence du propriétaire, soit pour quelque autre cause.

636. Mais pour que quelqu'un voulût bien se charger de cette gestion, il fallait qu'il fût assuré de trouver dans les lois un moyen de contraindre le propriétaire à lui rendre ses déboursés, s'il en avait fait, et si celui-ci s'y refusait. Le fondement de l'action, dans ce cas, est donc le grand principe d'équité qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Et comme chacun est censé vouloir ce qui peut lui être avantageux, on peut dire aussi qu'il y a eu dans le propriétaire dont les affaires ont été bien administrées, un tacite consentement à ce qu'elles le fussent; mais ce consentement n'étant que supposé, on ne peut pas dire que le maître de l'affaire est obligé en vertu d'un contrat; il l'est seulement comme il le serait d'après un contrat; il l'est *quasi ex contractu.*

Quant à l'obligation du gérant, de rendre compte de son administration, elle n'a pas besoin d'explication.

Voyons maintenant les conditions requises pour qu'il y ait lieu aux obligations qui naissent de cette espèce d'affaire.

§ II.

Conditions requises pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires.

SOMMAIRE.

637. *Trois principales conditions sont requises pour qu'il y ait lieu aux actions qui naissent du quasi-contrat de gestion d'affaires.*

638. *D'abord, il faut avoir fait l'affaire d'un autre : conséquence.*

639. *Mais celui qui a fait l'affaire d'un mineur en tutelle est censé avoir fait aussi celle du tuteur.*

640. *Autre cas.*

641. *Et la ratification que je donne à un acte fait en vue de moi, et qui ne me concernait pas, me le rend propre.*

642. *A plus forte raison aussi dans le cas où l'acte qui n'a pas été fait en vue de moi, et que j'ai ensuite ratifié, me concernait en réalité.*

643. *Il faut aussi que l'affaire n'ait pas été faite en vertu d'un mandat du propriétaire : différences entre l'un et l'autre cas.*

644. *Mais aujourd'hui il n'y a que simple gestion d'affaires, quoique le propriétaire ait connu la gestion.*

645. *Il n'y a également que gestion d'affaires si un mandat ayant été donné, il se trouvait nul.*

646. *Et pour ce qui a été fait au delà d'un mandat valable.*

647. *Autres cas analogues.*

648. *Autres cas.*

649. *Autres cas.*

650. *Lorsque, d'après le mandat de l'un de ceux qui sont intéressés dans la même affaire, je l'ai faite, j'ai contre*

lui l'action de mandat, et contre les autres l'action negotiorum gestorum.

651. *Autres cas semblables.*

652. *Si je vous ai cautionne à la place de quelqu'un que vous aviez chargé de le faire et qui avait accepté, j'ai fait votre affaire et la sienne.*

653. Quid *lorsque quelqu'un s'est ingéré dans l'affaire d'un autre malgré l'opposition de celui-ci : renvoi.*

654. *Celui qui a fait l'affaire d'un autre* animo donandi *n'a pas l'action en répétition de ses dépenses : divers exemples au sujet d'alimens fournis.*

655. *Mais la présomption n'est pas qu'ils l'ont eté* animo donandi*; cela s'induit des circonstances.*

656. *Autres cas analogues.*

637. On peut réduire les conditions requises pour qu'il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires, à trois principales :

Il faut avoir fait l'affaire d'un autre;

L'avoir faite sans mandat de celui-ci;

Et l'avoir faite en vue, non seulement de lui être utile, mais aussi de l'avoir pour obligé envers soi, du moins à l'effet d'avoir une action contre lui.

1re RÈGLE : *Il faut avoir fait l'affaire d'un autre.*

638. De là il suit que, si j'ai payé une dette que je croyais être la vôtre, et qui ne l'était pas, mais qui était la mienne ou celle d'un autre, ou qui n'existait pas du tout, il n'y a entre nous aucune obligation née de la gestion des affaires d'autrui. L. 23, ff. *de negotiis gestis.*

Et si j'ai fait comme pour vous seul, ou comme

pour moi seul, une affaire qui nous était commune, j'ai l'action *negotiorum gestorum*, et vous l'avez contre moi pour votre part dans l'affaire. L. 6, § 4, ff. *hoc tit.*

639. Mais je suis censé avoir fait votre affaire si j'ai fait celle de votre pupille, puisque vous en étiez chargé; *dictâ lege*, 6, *princip.* J'aurai même l'action *negotiorum gestorum* contre le pupille, jusqu'à concurrence de ce dont il aura réellement profité des déboursés que j'aurai faits, sans qu'il soit besoin que j'établisse que je les ai faits en vue de lui personnellement. (*Ibid.*)

640. J'ai aussi fait votre affaire si j'ai prêté de l'argent à votre commis ou à votre mandataire, en votre considération, pour qu'il pût faire une chose qui vous concernait; et en conséquence j'aurai contre vous l'action de gestion d'affaires; *dictâ lege*, § 1.

Mais je n'aurai pas d'action contre lui, à moins que je n'eusse exigé son engagement personnel (*ibid.*). Et dans ce cas-là même, je n'en aurais pas moins action contre vous, parce qu'il ne serait qu'une simple caution (*ibid.*); de manière toutefois que, payé par l'un, mon action contre l'autre serait éteinte.

641. Et lors même que l'affaire que j'ai faite en votre considération ne vous concernait pas dès le principe, si vous avez ensuite ratifié ce que j'ai fait, j'ai l'action contre vous. Tel est le cas où j'ai reçu

de Paul une somme dont il se croyait débiteur envers vous, mais qu'il ne vous devait pas, et que vous avez ratifié le paiement. Par là, vous vous êtes soumis à l'action en répétition de Paul; dès lors, vous avez intérêt et droit à ce que je vous fasse raison de ce que j'ai reçu pour vous. Même loi, § 9.

A plus forte raison avez-vous action contre moi, si Paul était réellement votre débiteur. L. 9, Cod., *hoc tit.*

642. Et par la même raison cette action a lieu dans le cas où l'affaire faite en vue de quelqu'un qu'elle ne concernait réellement pas, a été ratifiée par celui qu'elle concernait réellement. Par exemple si, croyant Titius héritier de Sempronius, tandis que c'était vous, j'ai reçu d'un débiteur de la succession ce qu'il devait, pensant recevoir pour Titius, et que vous ayez ratifié le paiement, vous avez contre moi l'action *negotiorum gestorum*, parce qu'en réalité j'ai fait votre affaire; et Titius ne l'a pas, parce que je n'ai pas fait la sienne. L. 6, § 10, ff. *hoc tit.*

Vous l'avez pareillement, si, étant mon cohéritier, vous avez ratifié la vente que j'ai faite, comme pour moi seul, d'une chose dépendante de l'hérédité. L. 19, Cod., *hoc tit.*

On pourrait facilement multiplier les exemples.

11[e] RÈGLE. *Il faut avoir fait l'affaire sans mandat du propriétaire.*

643. S'il y avait un mandat, ce serait un véritable

contrat, de l'inexécution duquel serait responsable celui qui l'aurait accepté, à moins qu'elle ne provînt de force majeure; au lieu que, même après avoir conçu le projet de gérer l'affaire de quelqu'un, et m'en être ouvert à plusieurs personnes, je puis m'abstenir de la gérer, et je ne devrai aucune indemnité pour cela au propriétaire, si toutefois je n'ai pas empêché par là qu'un autre s'en chargeât. Voyez *infrà*, n° 666.

Le mandat ne peut être donné que par une personne capable de contracter; au lieu que les incapables sont aussi obligés valablement envers ceux qui ont géré leurs affaires; L. 19, ff. *de negot. gest.* et L. 46, ff. *de obligat. et act.* Cette différence est toutefois plutôt de doctrine qu'elle n'est réelle dans les résultats, car un incapable qui aurait donné un mandat serait obligé jusqu'à concurrence de ce dont les déboursés du mandataire lui auraient profité. Mais dans le mandat donné par une personne capable, que l'affaire ait été ou non utile au mandant, celui-ci n'en est pas moins obligé d'exécuter ce qu'a fait le mandataire, de l'indemniser de ses déboursés, et même de lui payer son salaire, s'il en a été convenu; tandis que dans le cas de la simple gestion d'affaires, il faut que la gestion ait été utile dès le principe au propriétaire, pour qu'il soit obligé envers le gérant, à moins qu'il n'ait ratifié ce qui a été fait.

Le mandat, en règle générale, ne peut se prouver par témoins au delà de 150 fr.; au lieu que je puis très bien prouver de cette manière au delà de cette

somme, que vous avez géré mes biens, fait mes moissons et enlevé les produits.

On trouverait encore d'autres différences, nonobstant la disposition finale de l'article 1372 : « Il se « soumet (celui qui gère volontairement l'affaire « d'autrui) à toutes les obligations qui résulteraient « d'un mandat exprès que lui aurait donné le pro- « priétaire. » Ce qui est, du reste, très vrai par rapport au gérant.

644. Et il faut remarquer que ces obligations sont les mêmes, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore : l'article le dit positivement; au lieu que dans les anciens principes, si le propriétaire eût connu la gestion lorsqu'elle a commencé, et l'eût soufferte, c'eût été un mandat tacite.

645. Si j'ai fait votre affaire croyant avoir reçu de vous un mandat à cet effet, tandis qu'il n'y en avait pas ou que celui qui avait été donné était nul, j'ai seulement contre vous l'action *negotiorum gestorum*, et non celle *mandati*. L. 5, ff. *hoc tit.*

646. Par la même raison si le mandataire a outre-passé les bornes de son mandat, par exemple s'il a dépensé trente mille fr. dans l'administration des biens du mandant, tandis que le mandat limitait à vingt mille fr. les dépenses qui devaient être faites, il n'a, pour les dix mille francs d'excédant, que la simple action de gestion d'affaires; L. 32, ff.

hoc tit. Par conséquent, si ces dix mille francs n'ont produit, pour le propriétaire, qu'une utilité de cinq mille francs seulement, l'action, pour cet objet, ne sera que de cinq mille francs.

647. Lorsqu'une affaire intéresse tout à la fois mon ami et une autre personne, et que je la gère de mon propre mouvement, en considération seulement de mon ami, dans la rigueur des principes, je ne devrais avoir action que contre celui-là seulement que j'avais en vue en faisant l'affaire, et pour la part qu'il y avait, s'il n'était pas solidaire avec le tiers. Les L. 6, § 6, L. 46, ff. *hoc tit.*, et L. 22, § 10, ff. *mandati*, sont conçues en ce sens.

Néanmoins, *æquitatis causâ*, les actions *negotiorum gestorum* auront lieu aussi entre le gérant et le tiers. C'est ce que décide aussi la loi 6, § 6, ci-dessus. Et Papinien, dans la loi 31, § 1, ff. *hoc tit.*, dit la même chose du cas où, en gérant les affaires de Titius, j'ai fait en même temps une affaire de Sempronius qui s'y trouvait mêlée, sans que je susse qu'elle concernait Sempronius, cas dans lequel évidemment je n'avais pas l'intention de l'obliger envers moi.

Même chose est décidée dans la loi 5, § 1, ff. *hoc tit.*, où Ulpien dit que si j'ai géré l'affaire de Sempronius lorsque je croyais que c'était celle de Titius, Sempronius n'en est pas moins obligé envers moi, et moi envers lui, tandis que je ne le suis pas envers Titius, ni Titius envers moi. Ulpien

porte encore une semblable décision sur un cas analogue, dans la loi 42, § 2, au même titre.

648. Dans la rigueur des principes aussi je n'aurais pas d'action lorsque, croyant faire mon affaire, il se trouve que c'est celle d'un autre; car je n'ai pas eu l'intention d'obliger celui-ci envers moi. De là le jurisconsulte Paul, dans la loi 14, ff. *de doli mali except.*, dit que celui qui a bâti sur le fonds d'autrui (croyant qu'il lui appartenait) ne peut recouvrer le montant de ses impenses qu'autant qu'il possède le fonds, parce qu'alors il pourra opposer, sur la demande en revendication du propriétaire, l'exception *doli mali*, si ce dernier ne veut pas l'indemniser.

Mais d'après l'équité, celui qui a fait quelque dépense sur une chose ou dans une affaire qu'il croyait à tort lui appartenir ou le concerner, a l'action *negotiorum gestorum* (1) contre le maître de la chose ou de l'affaire. Africain en donne plusieurs exemples dans la loi dernière à ce titre.

649. Julien va bien plus loin encore dans la loi 6, § 5, *hoc tit.* : il décide que si quelqu'un s'est ingéré dans la gestion de mes affaires, non pas en vue de m'être utile, mais pour son propre avantage, non seulement j'ai l'action contre lui, comme de raison, pour l'obliger à me rendre compte; mais aussi qu'il l'a contre moi, non pas pour tout ce

(1) *Utilis, id est utilitate suadente.*

qu'il a dépensé, mais jusqu'à concurrence de ce dont je me trouve plus riche au moment de sa demande. Ce texte est un solennel hommage rendu au principe que l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, même d'un homme de mauvaise foi.

650. Si l'un de deux débiteurs d'une dette m'a donné mandat de la payer, j'ai contre lui l'action du mandat pour le tout, soit que la dette fût solidaire ou non, à moins que, dans ce dernier cas, il ne m'eût chargé que de payer sa part seulement; et j'ai contre l'autre l'action de gestion d'affaires pour le tout, ou pour sa portion seulement, selon que la dette était ou non solidaire; car j'ai fait aussi son affaire. L. 14, Cod., *hoc tit.* Peu importe, dans le cas même où la dette était solidaire, que si c'eût été celui qui m'a donné le mandat, qui l'eût payée, il n'aurait eu contre son codébiteur qu'une action pour la portion de celui-ci, et qu'il soit censé avoir agi lui-même par mon ministère : cela ne fait rien; le fidéjusseur qui a payé toute la dette solidaire a bien aussi son recours pour le total contre chacun des codébiteurs (art. 2030), et cependant il avait aussi reçu un mandat de chacun d'eux pour le cautionner.

651. Ainsi, lorsque vous m'avez donné mandat de faire une chose qui concernait Titius, j'ai contre vous l'action du mandat, et contre Titius l'action de gestion d'affaires; L. 3, ff. *hoc tit.* Il en serait par conséquent de même si, pour me déterminer

à faire l'affaire de Titius, vous vous étiez rendu garant pour mon recours (*ibid.*). Et vous aurez vous-même l'action de gestion d'affaires contre Titius, si vous avez déboursé quelque chose par suite de votre cautionnement; L. 4, *eod. tit.;* et contre moi l'action de mandat, si je n'ai pas bien géré l'affaire, attendu que vous êtes obligé envers Titius par cela seul qu'en vous rendant garant des déboursés que je ferais, pour m'engager à faire la chose, vous vous êtes vous-même mêlé de son affaire. Mais si je n'avais pas fait l'affaire du tout, Titius n'aurait point d'action contre vous. L. 8, § 6, ff. *mandati*. Voyez ce que nous avons dit sur ce point au tome X, nos 230 et 235.

652. De même si Paul, que vous aviez chargé de vous cautionner, et qui avait accepté votre mandat, ne l'a pas exécuté, et que je vous aie moi-même cautionné à sa place, il y aura lieu entre vous et moi aux actions *negotiorum gestorum;* et elles existeront aussi entre Paul et moi; L. 46, § 1, ff. *de neg. gest.* J'aurai, de plus, contre vous l'action du créancier, après l'avoir payé, et à laquelle, d'après le Code, je serai subrogé de plein droit (art. 1250-3° et 2029), quoique mon cautionnement eût été donné à votre insu (art. 2014).

653. Enfin quant au cas où une personne s'est ingérée dans les affaires d'une autre nonobstant l'opposition formelle de celle-ci, nous l'avons traité relativement aux paiemens des dettes, au tome pré-

cédent, n° 19. Nous y résolvons la question de savoir s'il y a lieu au recours, par quelque distinctions tirées des circonstances particulières de l'affaire. Nous y citons aussi les diverses décisions des lois romaines sur ce point, notamment la loi dernière, au Code, à ce titre, par laquelle Justinien, voulant trancher la controverse qui existait à cet égard parmi les jurisconsultes, décide que le recours n'aura pas lieu.

IIIe RÈGLE. *Le gérant, en faisant l'affaire d'un autre, et en dépensant du sien, doit avoir eu l'intention de le tenir pour obligé envers lui.*

654. De là, ce qui a été fait *animo donandi* ne produit point d'action de gestion d'affaire au profit de celui qui a fait la chose. Par exemple si, par attachement pour ma sœur, j'élève chez moi son enfant, je n'aurai pas d'action contre elle, quoique par là j'aie fait son affaire; car dès le principe mon intention n'était pas d'en avoir une. L. 27, § 1, ff. *hoc tit.*

Et l'empereur Gordien, dans la loi 15, au Code, *hoc tit.*, dit que si, par l'effet d'un attachement en quelque sorte paternel, *paterno affectu*, j'ai nourri les filles que ma femme a eues d'un premier mariage, ou si j'ai payé de mes deniers leurs maîtres d'études et d'agrémens, je n'ai point d'action pour ces diverses dépenses (ni contre mes belles-filles, ni contre mon épouse); mais que si je ne les ai faites que dans

l'intention d'en répéter ensuite le montant, j'ai l'action *negotiorum gestorum*.

On trouve une semblable décision, et avec la même distinction, dans la loi 50, ff. *familiæ erciscundæ*, au sujet de l'argent qu'un père avait remis à son fils émancipé, pour aller faire ses études dans quelque ville : le fils n'en doit pas le rapport en moins prenant dans la succession du père, à moins que celui-ci n'ait plutôt compté l'argent à son fils *animo credendi*, *quàm animo donandi*.

655. Mais en principe, les dépenses, même pour alimens, et quoique faites pour des personnes proches parentes de celui qui les a faites, ne sont pas présumées faites *animo donandi*. On en trouve un exemple assez frappant dans la loi 34, ff. *hoc tit*. C'est, au surplus, un point qui dépend des circonstances de la cause : comme la nature du lien qui unissait les personnes, la fortune et l'état de l'une et de l'autre, les circonstances particulières dans lesquelles les dépenses ont été faites, et la considération aussi qu'elles auraient été faites par des déboursés de sommes, plutôt qu'en recevant la personne chez soi.

En traitant des alimens, au titre *du Mariage*, tome II, et *des rapports*, tome VII, nous avons donné des explications assez étendues à ce sujet.

656. Il arrive aussi quelquefois qu'on répond pour quelqu'un dans la vue de ne point répéter ce qu'on aurait à payer pour lui : la loi 32, ff. *de pactis*,

suppose que cela a eu lieu dans l'espèce décidée par ce texte; et la loi 60, § 1, ff. *mandati vel contrà*, statue sur un cas où, d'après les circonstances de la cause, et qui y sont exposées, le cautionnement avait été interposé, sinon à proprement parler *animo donandi*, du moins par des motifs personnels au fidéjusseur, qui ne songeait point alors à répéter ce qu'il pourrait avoir à payer à ce sujet; et le jurisconsulte décide, en conséquence, que les héritiers du répondant, qui avait payé la dette, n'ont aucune action en répétition, ni celle de mandat ni celle de gestion d'affaires.

§ III.

Quelles sont les obligations qui naissent du quasi-contrat de gestion d'affaires.

SOMMAIRE.

657. *Obligation pour celui qui s'est chargé de l'affaire, de l'achever : texte des articles 1372 et 1373.*

658. *Le mot* affaires *s'entend des affaires extrajudiciaires, et d'une comme de plusieurs.*

659. *Mais le gérant n'est point obligé de gérer toutes les affaires de la même personne.*

660. *Pour plaider pour quelqu'un il est besoin d'un mandat : droit romain sur ce point, note.*

661. *On ne peut non plus, en général, ni stipuler ni promettre pour un tiers dont on n'a point de mandat.*

662. *Du cas où c'est une femme mariée non autorisée de son mari qui a géré l'affaire d'un tiers.*

663. *Et de celui où c'est un mineur, même non émancipé.*

664. *Le gérant doit rendre compte de tout ce qu'il a perçu pour le compte du maître de l'affaire.*

657. Suivant l'article 1372, « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, « celui qui gère contracte l'engagement de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever « jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y « pourvoir lui-même; il doit se charger également « de toutes les dépendances de cette même affaire.

« Il se soumet à toutes les obligations qui résul-

« teraient d'un mandat exprès que lui aurait donné « le propriétaire. »

Bien mieux, d'après l'article suivant, « il est obligé « de continuer sa gestion, encore que le maître de « l'affaire vienne à mourir avant que l'affaire soit « consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en « prendre la direction. » Il ne pourrait dire, pour s'excuser de l'avoir abandonnée, qu'il ne s'en était chargé que par considération pour le défunt : *il s'est lié à l'affaire* en l'entreprenant.

658. Le mot *affaires*, ici, s'entend également d'une ou plusieurs affaires : NEGOTIA *sic accipe, sive unum, sive plura*. L. 3, § 2, ff. *hoc tit.*

Et quelle que soit l'espèce d'affaire qui soit gérée, cela est indifférent : comme si quelqu'un fait ma récolte en mon absence, fait étayer ma maison qui menace ruine, paie ma dette, me cautionne à mon insu, etc., etc.

659. Mais celui qui se mêle des affaires d'un autre n'est pas pour cela obligé de les gérer toutes : il ne doit pas, sous ce rapport, être assimilé à un tuteur, qui doit gérer toutes les affaires de son pupille : *Satis abundèque sufficit si cui vel in paucis amici labore consulatur*. L. 20, Cod., *hoc tit.* Celui qui, par exemple, paie ma dette envers Paul, n'est point obligé de payer mes autres dettes ; bien mieux, celui qui a fait ma moisson n'est pas pour cela obligé de faire ma vendange ; mais il doit faire tout ce qui est une suite, une dépendance de l'af-

faire ou des affaires dont il s'est chargé, et dont l'omission rendrait sa gestion incomplète quant à ces mêmes affaires.

660. Nous disons *quelle que soit l'espèce d'affaire qui soit gérée, cela est indifférent;* toutefois un tiers ne peut plaider pour moi, ni en demandant ni en défendant, sans un mandat de ma part, ou sans avoir qualité, d'après la loi, pour me représenter : et alors c'est moi qui plaide réellement par son ministère. Si c'est un mandataire ordinaire qui me représente, il est exprimé dans les actes : *à la requête d'un tel, poursuites et diligences d'un tel, son mandataire.* Et si c'est un mineur en tutelle, il est dit : *à la requête d'un tel, tuteur d'un tel.* L'expression de la qualité indique suffisamment que c'est le mineur qui plaide par le ministère de son tuteur.

C'est de là qu'est venu cet adage que *nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur* (1).

661. Et un tiers ne peut non plus, en général,

---

(1) Tandis qu'à Rome il en était autrement. D'abord, dans les premiers temps, ce n'était que dans un petit nombre de cas que l'on pouvait être représenté dans un procès, *vetante regulâ* NEMO ALIENO NOMINE LEGE AGERE POTEST; L. 123, ff. *de reg. juris.* Ces cas étaient ceux où il s'agissait d'une cause qui intéressait le peuple, ou qui était relative à la liberté d'un individu, et lorsqu'un tuteur agissait pour son pupille.

Ensuite, *utilitate suadente,* on put plaider par procureur dans les causes ordinaires ou d'intérêt pécuniaire; mais, par respect pour les anciennes règles, on imagina de rendre, fictivement du moins, maître du procès, *dominus litis,* celui qui représentait un autre dans la cause. Celui qui représentait le demandeur, s'appelait *procurator (ad litem),*

stipuler ou promettre pour moi (art. 1119, 1120 et 1121), non seulement en ce sens que, dans le cas de la stipulation, il en acquît pour lui le bénéfice, si le promettant ne voulait pas faire la chose pour moi, mais encore en ce sens que je pusse avoir une action contre ce dernier; et dans le cas de la promesse, non seulement en ce sens que le stipulant pût me contraindre à faire la chose, mais aussi en ce sens qu'il eût une action contre celui qui a promis, si je ne voulais pas la faire. La stipulation

---

et celui qui representait le défendeur, s'appelait spécialement *defensor.* Mais les uns et les autres n'avaient rien de commun avec les avocats, *advocati,* qui étaient simplement *appelés* pour *assister* celui qui les appelait; et il en est de même dans notre droit.

Lorsque le procureur était nommé par le maître présent, en vertu d'une certaine formule, il s'appelait *cognitor:* mais l'usage de cette formule ne subsistait plus au temps de Justinien. Lorsqu'il était nommé *à domino absente, nudo mandato,* il s'appelait spécialement *procurator*, et il devenait le maître du procès *per litis contestationem;* mais il devait donner caution à l'autre partie que le maître ratifierait ce qui serait jugé : *de rato cavebat.*

Et régulièrement on n'était point obligé d'admettre pour procureur du demandeur celui qui ne justifiait pas d'un mandat. Il y avait quelques exceptions : par exemple le mari était admis dans la cause de sa femme, à la représenter, sans justifier d'un mandat exprès. Il en était de même du fils qui se présentait dans la cause de son père, pour exercer l'action au nom de celui-ci, et même d'un frère agissant pour son frère, d'un beau-père agissant pour sa bru, de l'affranchi agissant pour son patron, ou du patron agissant pour l'affranchi. Mais ils devaient tous aussi donner caution que le maître de l'affaire ratifierait *le jugé.*

Dans notre droit, ces exceptions, même avec l'offre de fournir cette caution, ne seraient point admises; le défendeur ferait déclarer non recevable dans sa poursuite, faute de qualité ou de pouvoir, celui qui le poursuivrait sans être muni d'un mandat du véritable maître de l'affaire; sauf les règles relatives à la tutelle, et au pouvoir du mari

ou la promesse est nulle sous l'un comme sous l'autre rapport.

Cette double règle souffre sans doute des exceptions; mais nous les avons expliquées précédemment, au tome X, chap. II, sect. Ire, §§ 5 et 6, et chap. III, sect. VI, en développant les règles elles-mêmes : il serait donc inutile de les rappeler ici. Nous devons éviter les répétitions autant que possible.

662. Si c'était une femme mariée non autorisée de son mari qui gérât l'affaire d'autrui, elle n'en

---

relativement aux actions de sa femme, dont il aurait l'exercice à raison du régime sous lequel il serait marié et à raison aussi de l'objet de la poursuite.

Quant à celui qui venait representer le défendeur, *defensor*, il n'avait pas besoin d'être muni d'un mandat : *defendere quis, sive libertus, sive extraneus sit, sive mandato potest*; L. 12, Cod., *de procur. et defens.* Mais il était tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, si le demandeur l'exigeait. L. 110, ff. *de regul. jur.*

Chez nous il n'en serait pas ainsi, même avec l'offre de fournir cette caution.

Ainsi, c'est à raison de ces différences que l'on dit : *Nul en France, hormis le roi, ne plaide par procureur;* et encore aujourd'hui le roi est-il représenté, soit en demandant, soit en défendant, dans les causes qui sont relatives à la liste civile et aux domaines de la couronne, par l'intendant de la liste civile, qui est en nom dans le procès.

Dans le droit romain, le jugement était rendu contre le *procurator* ou le *defensor*, quand il y en avait un dans la cause, et que c'était lui qui avait succombé; mais lorsque le véritable maître de l'affaire avait ratifié, le *defensor*, s'il était poursuivi pour payer *le jugé*, se défendait par une exception; et si c'était le procureur du demandeur qui avait obtenu le jugement, et qui voulait le faire exécuter à son profit sans une cession, il pouvait être aussi repoussé par une exception.

Car cette propriété du procès n'était que fictive

serait pas moins obligée de rendre compte, et même de payer les dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle aurait causé au maître par sa mauvaise gestion; et, suivant les circonstances de l'affaire, son mari pourrait être responsable, comme l'ayant tacitement autorisée.

Et quant à la gestion antérieure au mariage de la femme, il ne saurait être douteux que celle-ci ne fût tenue de l'action; et le mari pareillement s'il y avait communauté entre eux (1).

663. Un mineur, même non émancipé, ne serait pas moins obligé de rendre compte de la gestion qu'il aurait faite des affaires d'autrui, et de réparer le dommage qu'il aurait causé au propriétaire; car celui-ci ne pourrait raisonnablement être tenu de supporter le préjudice qu'un autre lui aurait causé en s'ingérant dans une affaire qui ne le regardait pas; un mineur n'est point restituable à raison des obligations qui naissent de ses délits, et même de ses quasi-délits. (Art. 1310.)

Toutefois la responsabilité relative aux simples fautes serait généralement appliquée moins sévèrement à un mineur qu'à un majeur; l'on devrait prendre en considération la nature des circonstances qui l'ont porté à s'ingérer dans cette affaire, et surtout dans quel esprit il l'a fait.

---

(1) Voyez au tome II, n° 496 et suivans, au titre *du Mariage*, ce que nous avons dit au sujet des engagemens de la femme dans les cas de quasi-contrats.

664. Le gérant doit rendre compte de tout ce qu'il a perçu pour le compte du maître de l'affaire.

665. On décidait même dans le droit romain, et cela devrait être pareillement suivi chez nous, que le gérant était obligé aussi de faire raison à celui dont il entendait faire l'affaire, de ce qui lui avait été payé par un tiers qui se croyait faussement débiteur envers lui; quoiqu'il n'eût pu d'ailleurs réclamer de l'absent ce qu'il avait payé pour lui, si celui-ci ne devait pas la chose. L. 23, ff. *hoc tit.*

Mais la raison de différence est sensible : dans le dernier cas, il a commis une faute, qu'il doit s'imputer ; dans le premier, le tiers, qui se croyait débiteur envers l'absent, a entendu payer à son créancier, et non au gérant. Celui-ci n'a pas reçu pour son avantage, et l'absent ratifie ce paiement en en demandant compte au gérant, et s'oblige ainsi à la restitution envers le tiers. Or, la ratification équipolle au mandat : *ratihabitio mandato æquiparatur*. Dans le cas de mandat, le Code civil, comme le droit romain, veut que le mandataire soit tenu de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il a reçu n'eût point été dû au mandant (art. 1993); or, il en doit être ainsi du gérant, puisqu'il est soumis à toutes les obligations résultant d'un véritable mandat que lui aurait donné le propriétaire. (Art. 1372.)

La loi 8, § 1, ff. *hoc tit.*, décide la même chose

dans un cas où le gérant a reçu du débiteur de celui dont il a fait l'affaire, des intérêts ou une restitution de fruits que ce dernier n'aurait pu exiger.

666. Puisque, d'après l'article 1572, celui qui gère volontairement l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire, il s'ensuit qu'il est responsable des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion, et dont devrait répondre un mandataire. Or, suivant l'article 1992, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salaire, et le gérant n'en reçoit pas.

Plus d'un interprète du droit romain (1) considérant qu'on ne saurait mettre trop de soin à réprimer le zèle indiscret de ceux qui se mêlent des affaires d'autrui sans avoir reçu mission pour cela, qui s'ingèrent souvent dans ces affaires dans des vues peu honnêtes, ont pensé que le gérant d'affaire doit répondre de ses fautes même les plus légères; *quia culpa est, se immiscere rei ad se non pertinenti;* L. 36, ff. *de regul. juris.* Ils se fondent aussi sur la loi 25 au même titre, analysée.

---

(1) Voyez les *Recitationes* des professeurs de Louvain, tit. *de negotiis gestis*, § 5.

Néanmoins ils admettent, d'après ce que décide Ulpien dans la loi 3, § 9, ff. *de negotiis gest.*, que, dans certains cas, le gérant n'est responsable que de son dol, dont on répond toujours, et de la faute grave, qui, dans les affaires civiles, est assimilée au dol; L. 226, *de regul. jur.* C'était lorsque quelqu'un, mû par un sentiment d'humanité et pour empêcher que mes biens ne fussent vendus sur la poursuite de mes créanciers, s'était immiscé dans mes affaires.

Quoi qu'il en soit, il est certain que cette doctrine ne pourrait se soutenir sous le Code, puisqu'il est évident qu'en disant que la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement au mandataire qui ne reçoit pas de salaire, qu'à celui qui en reçoit un, il dit par cela même que le premier pourrait n'être pas tenu de telle faute dont le second serait tenu; ce qui est bien reconnaître qu'il peut y avoir des fautes de plusieurs sortes quant à leur caractère de gravité (1). Or, le gérant est tenu des obligations qui résulteraient d'un mandat exprès qu'il aurait reçu du propriétaire.

En somme, le gérant, en général, devrait être tenu de ses fautes graves, et même de ses fautes légères si un autre plus zélé et plus habile que lui s'était offert pour gérer, et avait été écarté; car il serait censé avoir promis d'apporter le même zèle et la même

(1) Voyez ce que nous avons dit quant à la responsabilité des fautes, au tome X, chap. 3, sect. 2, § 1er, n° 397 et suivans.

habileté que celui qu'il a empêché de gérer. Au surplus, l'appréciation des fautes du gérant dépend beaucoup, comme le dit Pothier, *ad Pandectas*, *hoc tit.*, des circonstances dans lesquelles il s'est chargé de l'affaire, et de celles aussi dans lesquelles les fautes reprochées ont été commises. Mais, en principe, le gérant ne répond pas des fautes très légères, *levissimæ culpæ* (1).

L'art. 1374 consacre cette doctrine, en disant : « Il « est tenu d'apporter tous les soins d'un bon père « de famille.

« Néanmoins *les circonstances* qui l'ont conduit à « se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à « modérer les dommages-intérêts qui résulteraient « des fautes ou de la négligence du gérant. »

Et même à n'en pas prononcer du tout, si c'était par bienveillance pure qu'il s'était chargé d'une affaire pénible et qui était périlleuse pour le propriétaire, comme dans l'espèce de la loi 3, § 9, précitée.

D'un autre côté, il peut être responsable d'une perte arrivée par cas fortuit, lorsqu'elle a été causée par quelqu'imprudence de sa part : comme dans le cas de la loi 11, *hoc tit.*, où il est déclaré responsable de la mort d'esclaves qu'il avait achetées pour le maître, ou de la perte de marchandises mises sur un navire, lorsque le propriétaire n'était point dans l'usage de se livrer à de semblables spécula-

(1) Voyez tome X, n° 414.

tions. Cela est juste, car le cas fortuit a été amené par la faute du gérant, en le considérant dans ses effets par rapport au propriétaire. Mais, même dans ce cas, le propriétaire ne doit pas diviser la gestion, agréer seulement les bonnes opérations, et rejeter les mauvaises (*ibid.*) : la gestion ne forme qu'un seul contrat, ainsi que le dit le jurisconsulte Paul dans la loi 16, *eod. tit.*

Et quoique, ainsi que nous l'avons dit plus haut, d'après la loi 20, au Code, *hoc tit.*, le gérant ne soit point obligé de se charger de toutes les affaires de la personne, néanmoins s'il a négligé de gérer celles dont un autre offrait de se charger, il est responsable de la perte que le propriétaire a éprouvée par suite de cette négligence. L. 6, § 12, ff. *hoc tit.*

Mais le maître ne peut toutefois reprocher à celui qui s'est ingéré dans la gestion de ses biens de n'avoir pas poursuivi les débiteurs, lors même que les dettes se trouveraient aujourd'hui prescrites, ou que les débiteurs seraient devenus insolvables. Car il n'avait pas qualité pour cela (*ibid.*). Autre chose serait le refus qu'il aurait fait de recevoir d'eux, ou d'un tiers, le montant des paiemens offerts, si toutefois encore ils ne lui étaient pas offerts sous des conditions qu'il ne pouvait remplir sans compromettre les intérêts du propriétaire (*ibid.*).

A l'égard de sa propre dette envers l'absent, la même loi le rendait responsable de ne s'en être pas payé à lui-même le montant dans le cas où elle ne produisait pas d'intérêts, et qu'il aurait pu, en pla-

çant les deniers, leur en faire produire : *à semet-ipso cur non exegerit ei imputabitur.* A plus forte raison si la dette fût venue à se prescrire, aurait-il été repoussé par une exception, s'il avait voulu ensuite opposer la prescription à l'absent.

Cela ne pourrait guère être applicable qu'à celui qui aurait pris la gestion générale des biens de son créancier absent, ou du moins des biens auxquels la dette était relative, mais non à un débiteur qui ferait pour son créancier une ou plusieurs affaires seulement qui n'auraient aucun rapport avec sa dette; sans préjudice de l'exception tirée de la compensation, si elle a pu s'opérer.

667. Le gérant doit faire raison des intérêts des sommes qu'il a employées à son usage, du jour de cet emploi; et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure. (Art. 1996 et 1372 combinés.)

668. Il répond de celui qu'il s'est substitué dans sa gestion. (Art. 1994 et 1372 comb.)

Le maître aurait directement action contre le substitué (même art. 1994).

669. De son côté, ainsi que nous l'avons dit en commençant l'explication de la matière, le gérant a une action contre le propriétaire pour être indemnisé des déboursés faits dans sa gestion; mais le propriétaire ne lui doit aucun salaire, à moins que ce ne fût une affaire faite par quelqu'un qui faisait profession des affaires de cette sorte : comme serait

un commissionnaire qui aurait vendu des marchandises qui étaient en souffrance ; un avoué qui se serait constitué dans une certaine cause, etc.

Quant à l'action du gérant contre le propriétaire, l'article 1375 porte : « Le maître dont l'affaire a « été bien administrée doit remplir les engagemens « que le gérant a contractés en son nom, l'indem- « niser de tous les engagemens personnels qu'il a « pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles « et nécessaires qu'il a faites. »

670. Il faut que l'affaire ait été bien administrée ; car si elle l'a été mal, il peut, selon les circonstances de la cause, y avoir lieu, au contraire, à des dommages-intérêts pour le propriétaire, quoique le gérant eût fait des dépenses. Tel serait le cas où il aurait détérioré plutôt qu'amélioré la chose du maître. Et il n'aurait aucune indemnité à raison de dépenses qu'il aurait faites sur une chose qui n'en valait pas la peine, sur laquelle le maître n'en aurait pas fait ; L. 10, § 1, ff. *hoc tit.* Il y aurait lieu tout au plus à payer la plus value qu'en aurait éprouvée la chose ; sauf le cas où le maître aurait ratifié ce qui a été fait.

De là aussi, comme on l'a dit plus haut, le gérant qui a payé, même par erreur, quelque chose que ne devait pas celui des affaires duquel il s'est chargé, ne peut rien répéter à cet égard, ni le porter à décharge dans son compte ; sauf à lui la répétition contre le tiers, s'il y a lieu. Par conséquent, s'il a

payé une dette qui était prescrite, il ne peut rien répéter à ce sujet. C'est une grande différence d'avec le cas de mandat, dans lequel on ne considère point l'utilité dont les dépenses faites par le mandataire peuvent être au mandant, où l'on ne s'occupe que du point de savoir s'il y avait mandat; L. 31, ff. *hoc tit.*

671. Mais on doit faire raison au gérant des dépenses nécessaires qu'il a faites quoiqu'elles soient devenues inutiles pour le propriétaire par quelque événement survenu depuis : comme serait le cas d'une maison qui menaçait ruine, que le gérant a fait réparer, et qui est ensuite venue à brûler par un fait étranger au gérant; ou le cas de dépenses faites pour un cheval malade et qui est venu a mourir, même des suites de la maladie pour laquelle ces dépenses ont eu lieu. (*Ibid.*) En effet, le propriétaire eût fait lui-même ces dépenses, s'il eût été présent; il a donc épargné sa propre bourse, *pecuniæ suæ pepercit*, par la gestion de celui qui les a faites : donc il doit l'indemniser de ce que celui-ci a dû raisonnablement dépenser, car ce n'est toujours que dans cette mesure que l'indemnité doit être payée. *Initium spectandum est.*

672. Cependant cette règle *initium spectandum est* recevait quelques limitations dans le droit romain par rapport aux dépenses faites sur les biens des pupilles sans l'autorité de leurs tuteurs : le pupille ne devait l'indemnité que jusqu'à concurrence

de ce dont sa chose se trouvait augmentée de valeur au moment de la demande. L. 37, ff. *hoc tit.* Et cela serait suivi aussi dans notre droit.

Elle devrait en souffrir une aussi à l'égard des dépenses simplement *utiles*, quelle que fût la qualité du propriétaire; car on ne peut pas dire avec la même probabilité que pour les dépenses nécessaires, que celui-ci les eût faites. En sorte que s'il n'a pas approuvé purement et simplement la gestion, il ne devrait indemniser le gérant que jusqu'à concurrence de l'utilité qui résulterait pour lui de ces dépenses au moment de la demande. L'article 555 fournit un puissant argument pour le décider ainsi.

673. Et comme nous l'avons dit plus haut, la gestion ne formant qu'un seul contrat (L. 16, ff. *hoc tit.*), le propriétaire ne doit pas la diviser pour accepter les opérations avantageuses, et rejeter les mauvaises (L. 11, ff. *hoc tit.*); lors même qu'elles ne seraient pas la conséquence les unes des autres; sauf ce qui a été dit sur le paiement d'une chose que ne devait pas le propriétaire, car, dans ce cas, on ne peut pas dire que le fait fît partie de la gestion. D'ailleurs le gérant a son action contre le tiers.

674. Nonobstant la règle que les intérêts ne courent que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit (art. 1153), et le silence du Code sur le point de savoir si les intérêts des sommes déboursées par le gérant lui sont dus à partir du jour de ses avances, nous

n'hésitons pas à le penser : il doit être traité à cet égard comme le mandataire ; puisqu'il est soumis aux mêmes obligations, il doit avoir les mêmes droits ; il est tout au moins aussi digne de faveur. D'ailleurs puisque, par l'effet de l'assimilation de ses obligations avec celles du mandataire (art. 1372), il se trouve devoir les intérêts des sommes qu'il a touchées dans sa gestion et qu'il a employées pour son usage particulier, et à partir de cet emploi ; par la même raison le propriétaire doit être regardé à cet égard comme un mandant ; or un mandant doit au mandataire l'intérêt de ses avances du jour où elles ont eu lieu (art. 2001). La loi à ce sujet doit être égale entre eux : c'est bien le moins. Il ne serait pas juste que le bienfait tournât au détriment de celui qui l'a conféré ; cela serait d'ailleurs contraire au bien général, car on se chargerait bien moins facilement de la gestion des affaires des personnes qui ne peuvent pas les gérer elles-mêmes.

675. Si le gérant a pris quelques engagemens en son nom relatifs à sa gestion et qui ne soient pas encore exécutés au moment ou elle cesse, le propriétaire doit les remplir : s'il ne le fait pas et que le gérant éprouve des frais, il aura une action en indemnité à ce sujet. L. 2, ff. *hoc tit.*

676. Si c'est au nom du propriétaire lui-même que le gérant a contracté relativement à sa gestion, ainsi que le suppose l'art. 1375, le premier doit également remplir ces engagemens.

SECTION II.

Du paiement reçu indûment.

SOMMAIRE.

677. *Celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer.*

678. *La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées; ce qu'on doit entendre par* obligations naturelles : *renvoi.*

679. *Conditions requises dans le droit romain pour qu'il y eût lieu à la répétition.*

680. *Ce qui a été payé par erreur de fait est sujet à répétition sous le Code, encore que celui qui a reçu prétendît qu'il y avait dette naturelle.*

681. *Divers exemples démontrant la proposition.*

682. *Et il en est ainsi du paiement fait même par erreur de droit dans les cas où il n'y avait même pas d'obligation naturelle : renvoi.*

683. *Si, sous le Code, celui qui a livré par erreur un immeuble qu'il ne devait point, et qui a été aliéné par celui qui l'a reçu, a la revendication contre le tiers détenteur : oui.*

684. *Celui qui, par erreur, a payé la dette d'un autre, a également la répétition contre celui auquel il a payé.*

685. *A moins que ce dernier n'ait supprimé son titre de bonne foi, auquel cas il n'y a d'action que contre le véritable débiteur.*

686. *Si les paiemens faits aux créanciers par un adjudicataire qui est ensuite évincé, peuvent être répétés contre eux : droit romain sur ce point, et résolution par la négative.*

687. *Ce qui a été payé avant le terme n'est pas sujet à répétition; mais renvoi quant à la question de savoir si celui qui a payé par erreur ne peut élever aucune réclamation avant que le terme soit échu.*

688. *Ce qui est payé par erreur* pendente conditione *peut être répété.*

689. *Controverse parmi les jurisconsultes romains sur le point de savoir si, dans le cas d'une dette alternative au choix du débiteur, et où les deux choses avaient été payées par erreur, le choix, sur la répétition de l'une d'elles, appartenait à celui qui avait reçu, ou à celui qui avait payé : tranchée par Justinien en faveur de ce dernier.*

690. *Espèce résolue par les lois romaines, et qui pourrait l'être différemment dans notre droit, d'après les circonstances de la cause.*

691. *Celui qui a reçu de mauvaise foi doit restituer les fruits ou les intérêts du jour du paiement ; dans le cas contraire, du jour de la demande.*

692. *Droit romain quant aux fruits.*

693. *La chose doit être restituée en nature, si elle existe : autres décisions.*

694. *Celui qui a reçu de bonne foi ne doit pas souffrir de perte dans ses biens à raison de ce paiement : conséquence.*

695. *Conséquence aussi quant aux dépenses par lui faites sur la chose.*

696. *C'est à celui qui répète à prouver, outre le paiement, qu'il n'y avait pas de dette, à moins que le défendeur n'ait nié d'abord le paiement.*

677. Celui qui, par erreur ou sciemment, reçoit ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a reçu (art. 1376), ou au nom duquel il l'a reçu.

En effet, tout paiement supposant une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (art. 1235). L'équité le veut ainsi : car l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui.

Il naît de ce paiement une obligation à l'*instar* de celle qui naît du prêt de consommation, *mutuum* :

comme si celui qui a reçu s'était soumis à restituer ce qu'il a reçu, ainsi qu'est tenu de le faire celui qui a reçu à titre de prêt : *Nam hoc naturâ æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* L. 14, ff. *de condict. indebiti.*

678. Mais la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été *volontairement* acquittées (1235).

Quant à ce qu'on doit entendre par obligations naturelles, il convient de voir ce que nous avons dit au tome X, chap. III, sect. 3, 2e *division des obligations, tirée de leur nature et de la force du lien*, et chap. II, sect. 4, *de la cause des obligations.*

679. Dans le droit romain, il était de principe que, pour qu'il y eût lieu à la répétition de ce qui avait été payé, il fallait le concours de ces deux circonstances : 1° que la chose ne fût pas due, même par simple obligation naturelle ; et 2° que le paiement eût été fait par erreur. En sorte que le paiement, quoique fait par erreur, d'une chose qui était réputée due naturellement, n'était pas sujet à répétition ; et, *vice versâ*, ce qui avait été livré, remis, compté par celui qui savait qu'il ne le devait pas, ne pouvait non plus être répété, parce que c'était une donation, et non un paiement : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consultò dati donatio est.* L. 53, ff. *de regulis juris.*

Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc condictionem condicere potest : sed si sciens se

non debere solvit, cessat repetitio. L. 1, § 1, ff. *de condict. indebiti.*

Un grand nombre de textes (1) attestent que ce qui a été payé même par erreur de fait, dans des cas où il y avait une obligation naturelle, n'était pas sujet à répétition; et cette doctrine a été généralement suivie par nos auteurs.

680. Mais doit-elle l'être sous le Code? C'est ce que nous ne pensons pas. L'article 1235 dit : « La « répétition n'a pas lieu à l'égard des obligations « naturelles qui ont eté *volontairement acquittées.* » Or, si l'obligation naturelle a été acquittée par erreur, on ne peut pas dire qu'elle l'a été *volontairement*, par suite de la volonté de celui qui a payé, et qui aurait ainsi entendu acquitter une obligation naturelle; car rien n'est plus contraire à la volonté que l'erreur : *Non videntur consentire qui errant*, L. 116, ff. *de regul. jur. Nulla enim voluntas errantis est*, L. 20, ff. *de aquâ et aquæ pluv. arcend. Quid enim tàm contrarium consensui quàm error?* L 15, ff. *de jurisdict.* Et le Code interdisant seulement la répétition des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées, on doit dire qu'il admet la répétition de celles de ces obligations qui n'ont pas été acquittées volontairement, mais par erreur : autrement ce mot *volontairement* serait

(1) LL. 13, 19, 26, § 12; 38, §§ 1 et 2; et 64, ff. *de condict. indeb.*; 10, ff. *de oblig. et act.*, et 38, ff. *de fideicom. libert.*

déplacé dans la loi, puisque l'effet serait le même dans un cas comme dans l'autre.

Mais loin de là, le Code a voulu donner à la volonté un effet qu'il a pu raisonnablement refuser à l'erreur : il a dû s'opposer à ce qu'une personne qui a jugé à propos d'accomplir un devoir de conscience et d'honneur, en acquittant sciemment une obligation naturelle, pût venir ensuite abjurer un semblable sentiment ; mais il n'avait pas les mêmes raisons pour décider que celui qui n'a pas eu la même intention serait cependant traité de la même manière, quand il ne se regardait peut-être pas comme naturellement obligé. Il était le premier juge du point de savoir s'il y avait une obligation de cette sorte, puisqu'on ne pouvait pas en exiger de lui le paiement : or, il n'a point porté de jugement à cet égard, puisque, on le suppose, il a payé par erreur de fait, *per ignorantiam*.

Dans le droit romain, les obligations naturelles étaient de véritables obligations, qui produisaient tous les effets des obligations ordinaires, excepté l'action (1); et elles étaient fort nombreuses, puisque, en général, les pactes ne produisaient que des obligations naturelles, que les promesses des esclaves envers leurs maîtres, et même envers des tiers, et des maîtres envers leurs esclaves, des fils de famille envers leur père, ou du père envers son fils, étaient pareillement des obligations natu-

(1) Voyez tome X, n° 35.

relles (1). Il n'était donc pas étonnant que l'acquittement de ces obligations, même par erreur, ne donnât pas lieu à la répétition. Mais chez nous, les obligations naturelles sont bien plus rares : leurs causes ne sont point déterminées par la loi, comme elles l'étaient généralement dans la législation romaine : c'est une affaire de conscience ; et si les rédacteurs du Code n'ont pas voulu, et avec raison, que celui qui avait cru devoir obéir à sa conscience vînt ensuite la démentir, ils ont bien pu vouloir aussi, et telle paraît avoir été leur intention, que celui qui n'a pas songé à remplir un semblable devoir, mais qui a payé au contraire par erreur ce qu'on ne pouvait exiger de lui, pût le répéter.

L'article 1338 vient encore à l'appui de cette opinion : il regarde comme une confirmation parfaite l'exécution volontaire d'une obligation sujette à annulation ou à rescision, obligation qui, souvent, est une obligation naturelle ; mais lorsque la confirmation a lieu par acte, alors il exige, pour que la partie ne confirme qu'en connaissance de cause, que cet acte contienne la substance de l'obligation confirmée, la mention du motif de l'action en rescision ou en nullité, et l'intention de la partie de réparer le vice sur lequel cette action était fondée : ce qui prouve bien que la loi n'a voulu avoir égard qu'aux faits et aux actes qui ont eu lieu avec connaissance de cause, et non à ce qui serait seulement le résultat de l'erreur.

(1) Voyez tome X, n° 36 et suivans.

681. Ainsi, supposons qu'un débiteur failli ait fait avec ses créanciers un concordat par lequel ceux-ci lui ont fait remise de 50 pour cent sur le montant de leurs créances ; que ce débiteur ou son héritier, croyant devoir à l'un d'eux une somme de 15,000 fr., tandis que, d'après la réduction opérée par le concordat, il ne lui devait plus que 12,000 fr. seulement, lui ait payé 15,000 fr. par suite d'une erreur de fait : suivant le droit romain, il n'eût pu répéter les 3,000 fr. d'excédant, attendu qu'il y avait dette naturelle, la remise n'ayant pas été faite volontairement, mais pour tirer un meilleur parti de la créance, en laissant le débiteur à la tête de ses affaires, pour les rétablir. Chez nous aussi il y a certainement dette naturelle en pareil cas, et cela est si vrai que la caution, ainsi que nous l'avons dit précédemment, ne profite pas du concordat (1); ce qui suppose bien évidemment qu'il y a encore dette naturelle pour la partie remise. Et cependant nul doute que le débiteur ne pût répéter les 3,000 fr. qu'il a payés par erreur en sus de la somme à laquelle sa dette avait été réduite par l'effet du concordat ; aussi la compensation ne peut-elle lui être opposée pour la partie remise par le créancier devenu ensuite son débiteur (2).

Dans le système de ceux qui pensent que les dettes de jeu défendu, et même de gros jeu, sont des dettes

(1) Voyez tome X, n° 540, et tome XII, n° 376.

(2) Voyez tome XII, n° 402.

naturelles (1), il faudrait décider que le paiement d'une dette de cette sorte, quoique fait par erreur de fait, ne devrait pas être sujet à répétition, si l'on devait admettre que le paiement d'une dette naturelle n'y est pas sujet, soit qu'il ait eu lieu par erreur de fait, soit qu'il ait eu lieu volontairement ; et c'est ce qui ne peut pas être soutenu sérieusement sous le Code. Supposez, en effet, que je paie un billet de mon auteur qu'il avait souscrit pour une dette de jeu, ce que j'ignorais, et qu'ensuite je découvre des lettres de celui à qui j'ai fait le paiement, par lesquelles il lui avait demandé la somme que mon auteur lui devait à ce titre, des lettres qui ne laissent aucun doute sur la nature de la dette; d'ailleurs il l'avoue. Or, dans ce cas, et en admettant qu'il y avait dette naturelle, la répétition, selon nous, devrait avoir lieu ; tandis qu'elle n'aurait pas lieu assurément si le paiement avait été fait en connaissanee de cause, puisque le perdant ne peut répéter ce qu'il a *volontairement* payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie (art. 1967), et qu'il en doit être de même, par conséquent, de son représentant. Mais, dans l'espèce, il y a lieu à la répétition, parce que la dette de jeu ne produisait pas d'action (art. 1965); parce que le perdant, et son héri-

---

(1) Ce n'est pas notre opinion quand il s'agit de *gros jeu*. Voyez ce que nous avons dit à ce sujet au tome X, n° 370, où nous expliquons le véritable motif pour lequel la répétition de ce qui a été payé volontairement est interdite, s'il n'y a eu ni escroquerie ni supercherie.

tier par conséquent, avait une exception péremptoire pour faire rejeter *de plano* la demande qui aurait été formée contre lui; or, même d'après les lois romaines, celui qui avait une exception péremptoire à opposer, et qui a payé par erreur, a l'action en répétition, attendu que dans ce cas l'obligation n'existait que *nomine tenùs;* L. 26, § 3; L. 40, *princip.*, et L. 54, ff. *de condict. indeb.*

682. Quant à la question de savoir si le paiement fait par erreur de droit d'une chose qui n'était pas due même naturellement, est sujet à répétition, nous l'avons décidée précédemment par l'affirmative, en traitant *de l'erreur,* tome X, n° 127 et suivant, où nous citons un arrêt de cassation, du 24 janvier 1807 (1), qui a confirmé notre opinion sur cette question tant controversée.

Mais s'il y avait dette naturelle, le paiement fait par erreur de droit ne serait point sujet à répétition (2).

683. Il est une autre question également importante, celle de savoir si celui qui a livré par erreur un immeuble qui a été ensuite vendu ou donné par celui auquel il l'avait livré, peut, lorsqu'il a découvert son erreur, le revendiquer dans les mains du tiers? Par exemple, mon oncle, dont je suis héritier, vous avait légué par son testament tel immeuble: vous vous êtes fait saisir par moi de ce

---

(1) Sirey, 27-1-350.

(2) Voyez aussi ce qui a été dit tome X, n° 128.

legs, ce qui n'a souffert aucune difficulté, et vous avez vendu ou donné l'immeuble à Paul; postérieurement j'ai découvert un testament olographe d'une date postérieure, qui révoquait votre legs (1): ai-je la revendication contre Paul, surtout dans le cas où il aurait acquis la chose à titre gratuit?

Empressons-nous de dire que je ne l'aurais pas eue dans le droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence, ainsi que le dit Pothier dans son Traité *du Promutuum*, ou du paiement de l'indû. Les lois romaines n'accordaient à celui qui avait payé par erreur ce qu'il ne devait pas, que ce fût un immeuble ou un meuble, n'importe, qu'une simple action personnelle, *condictio indebiti*, contre celui qui avait reçu la chose, et contre son héritier, mais non la revendication contre les tiers. Dans les titres du Digeste et du Code sur cette matière, il n'est question que de la *condictio;* or, les *condictions* étaient des actions seulement personnelles.

La raison de cela tenait à ce que, bien que celui qui avait payé se fût trompé sur la *cause* pour laquelle il croyait payer, néanmoins son consentement à l'effet de transférer la propriété, lorsqu'il payait, n'était pas douteux, puisque celui qui paie veut évidemment rendre le créancier propriétaire de la chose payée. L'erreur ne tombait donc que sur la *cause* de la tradition, et non sur *l'objet*

---

(1) Dans le droit romain, il y avait lieu à l'action en répétition dans ce cas et autres semblables : L. 2, ff. *de condict. indeb.;* mais cette action était du nombre des actions dites *personnelles*.

même de cette tradition. Aussi, si elle fût tombée sur l'objet qui avait été livré, elle eût empêché la translation de la propriété, et en conséquence celui qui eût fait cette tradition aurait eu la revendication proprement dite contre tous détenteurs quelconque de l'objet livrer.

C'est ainsi que, d'après la loi 35, ff. *de acquirendo rerum dominio*, le mandataire ou le tuteur qui livre à quelqu'un sa propre chose, croyant livrer celle du mandant ou du pupille, n'en transfère point la propriété : il en demeure toujours maître : *Si procurator meus vel tutor pupilli, rem suam, quasi meam vel pupilli, alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio : quia nemo errans rem suam amittit.*

Mais c'était le contraire dans le cas du paiement fait par erreur d'une chose qui n'était pas due; l'erreur ne tombant point sur la chose même qui était livrée, mais seulement sur la cause en raison de laquelle elle l'était, les jurisconsultes romains avaient vu dans celui qui avait payé, la volonté de conférer la propriété de l'objet; et dans celui qui avait reçu, la volonté de l'acquérir; et cela leur avait paru suffisant pour opérer la translation du domaine et éteindre toute revendication. Seulement, comme il eût été contraire à l'équité que celui qui avait reçu indûment s'enrichît aux dépens de celui qui avait fait ce paiement par erreur (1), ils donnaient à

---

(1) L. 14, ff. *hoc tit.*

ce dernier une action personnelle pour répéter la chose, *condictio indebiti*, afin que le défendeur l'en rendît à son tour propriétaire; mais point d'action contre les tiers détenteurs. Et les hypothèques, les droits d'usufruit, ou autres, établis par celui qui avait reçu la chose non due, étaient par conséquent maintenus. Tel était le système des lois romaines sur cette matière, et nos auteurs l'ont toujours suivi. La question est de savoir s'il doit être adopté sous le Code.

D'abord, nous ne craignons pas de dire que cette distinction entre le cas où, croyant faussement vous devoir un fonds par exemple, je vous le livre, et le cas où, croyant vous livrer la chose de mon pupille, je vous livre la mienne, n'était fondée que sur une pure subtilité; car la volonté du maître de la chose, d'en conférer la propriété à l'autre partie, n'existait pas plus dans un cas que dans l'autre avec ce qui devait être nécessaire pour que cette tradition dût être efficace : or, dès qu'il n'y avait pas de cause au paiement, ce paiement n'en était en réalité pas un, ce n'était un paiement que *nomine tenùs*, puisque tout paiement suppose une dette, d'après les lois romaines elles-mêmes. C'était donc une tradition faite sans cause, sans motif, par conséquent *nuda traditio;* eh bien! dans le droit romain lui-même, une tradition nue n'opérait point la translation de propriété : *nunquam nuda traditio transfert dominium*, dit Paul dans la loi 31, ff. *de acquir. rerum domin.*; SED ITA SI VENDITIO,

AUT ALIQUA JUSTA CAUSA PRÆCESSERIT PROPTER QUAM TRADITIO SEQUERETUR. Or, il n'y avait pas de *justa causa* dans le paiement d'une chose qui n'était pas due; il n'y avait qu'une *opinion*, une *erreur*, et c'est sur cette *opinion* que roulait ce système : la fiction produisait ici le même effet que la vérité, et cela n'aurait pas dû être ainsi.

Mais, dira-t-on, les tiers ne devaient pas souffrir de cette erreur... : soit; toutefois, répondrons-nous de notre côté, ils auraient bien pu souffrir, si celui auquel j'avais livré ma chose, croyant livrer celle de mon pupille, l'avait vendue et livrée, puisque j'aurais eu la revendication contre l'acheteur. Aussi n'était-ce pas cette considération qui avait déterminé les jurisconsultes romains.

Quoi qu'il en soit, la question est infiniment grave sous le Code.

D'après l'art. 2125, qui ne distingue pas entre les causes qui peuvent opérer la résolution du droit de celui qui a consenti des hypothèques sur un immeuble dont il est ensuite évincé, il paraîtrait bien difficile de maintenir celles qu'aurait établies sur l'immeuble livré indûment celui qui l'a reçu.

Il paraîtrait aussi bien difficile de soutenir que son acquéreur qui n'a point encore prescrit la propriété doit néanmoins être considéré comme propriétaire; car, d'après l'art. 2182, le vendeur ne transmet à l'acquéreur que les droits qu'il avait sur la chose vendue. Or, il n'en avait que de résolubles.

Mais, objectera-t-on d'après les lois romaines, le vendeur, dans l'espèce, était propriétaire, ce qui rend inapplicable cet article, et même le premier cité.

A cela on répond par le nouveau principe, que la propriété est aujourd'hui transférée par l'effet de l'obligation seule : « L'obligation de livrer la « chose est parfaite par le seul consentement des « parties contractantes. Elle rend le créancier pro- « priétaire dès l'instant où elle a dû être livrée « (art. 1138) ; » or, il y avait, pour celui qui a reçu la chose qui ne lui était pas due, *obligation de la restituer* dès l'instant où il l'a reçue. (Art. 1376.)

Dira-t-on que cet article statue sur le cas d'un *contrat*, ce qu'indiquent ces mots *parties contractantes*, ainsi que le titre sous lequel il est placé, tandis que nous raisonnons dans l'espèce d'un quasi-contrat ? Mais, d'abord, que devrait faire cette différence quant à la question ? Rien du tout ; car, qu'importe que dans un cas ce soit en vertu d'un contrat que la chose doive être livrée, et que dans l'autre ce soit à raison d'un quasi-contrat qu'elle doive être restituée ? Dans l'un comme dans l'autre, il y a *obligation*, et s'il y avait une différence à faire, elle devrait être à l'avantage de celui à qui la chose est due à raison du quasi-contrat, parce que la propriété devrait se retenir encore plus facilement que s'acquérir. D'ailleurs l'art. 711 dit d'une manière générale que *la propriété s'acquiert par l'effet des obligations :* donc en recevant mal à propos l'immeuble, celui auquel il a été livré a

contracté l'obligation de le restituer, à l'instant même où, d'après le droit romain, il en est devenu propriétaire; donc il n'a pu en transmettre la propriété à un autre, parce que personne ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a.

La plus forte objection que l'on puisse faire est puisée dans l'article 1380, qui porte que si celui qui a reçu de bonne foi la chose, l'a vendue, il ne doit restituer que le prix qu'il a reçu; et cela paraît s'appliquer au cas où c'était un immeuble, comme au cas où c'était un meuble, puisque dans l'article précédent on suppose l'un et l'autre: or, dira-t-on, si celui qui a payé indûment pouvait revendiquer l'immeuble qu'il a livré, c'est le parti qu'il prendrait, plutôt que de recevoir seulement le prix de la vente, si ce prix était inférieur à la valeur de l'immeuble; dès lors inutilité de dire que celui qui a reçu de bonne foi ne doit rendre que ce même prix.

On peut toutefois répondre que cela était utile à dire pour les cas les plus ordinaires, ceux où c'est une chose mobilière qui a été payée par erreur, chose qui ne pourrait pas être revendiquée dans la main d'un tiers, à cause de la règle *en fait de meubles, la possession vaut titre* (art. 2279); et cependant il n'eût pas été juste que celui qui l'avait reçue et vendue ensuite de bonne foi, fût obligé de restituer au delà de ce qu'il en avait retiré. De plus, dans le cas même où ce serait un immeuble, il serait possible que le tiers en eût

prescrit la propriété par dix ans entre présens et vingt ans entre absens au moment où l'erreur viendrait à être découverte, et il fallait bien régler aussi, dans ce cas, ce que pouvait demander celui qui avait payé mal à propos, à celui qui avait reçu l'immeuble. Enfin, il serait possible aussi que le tiers n'eût point prescrit, et que celui qui a livré indûment l'immeuble ne voulût pas le revendiquer, parce que cet immeuble se trouverait avoir subi de notables changemens, qu'il aimât mieux en demander l'estimation, et dans ce cas aussi il fallait bien régler le recours.

Dans le système contraire, on devrait aussi décider, et par les mêmes motifs, que celui qui a admis mal à propos au partage d'une succession quelqu'un qu'il croyait parent légitime du défunt, tandis qu'il ne l'était pas, n'a point d'action contre les tiers auxquels ce copartageant a vendu les biens que le véritable héritier lui a relâchés par erreur; et néanmoins la Cour de Douai, dans un cas où un semblable partage avait eu lieu même par erreur de droit, et où les biens avaient aussi été aliénés, a accueilli la revendication contre les tiers acquéreurs. Nous citons l'espèce de cet arrêt au tome Ier, no 576.

Au surplus, nous avouerons que la question est délicate, mais nous inclinons néanmoins à la revendication : nous croyons que dans les cas de paiemens d'immeubles par suite d'erreur il y a lieu à la revendication contre les tiers acquéreurs tant que ceux-ci n'ont pas prescrit la propriété; qu'il n'y a

aucune différence à faire, dans le droit actuel, entre le cas où c'est par forme de paiement que l'immeuble a été livré sans être dû, et le cas où il l'a été en exécution d'un acte entaché d'erreur ; que cela est surtout particulièrement vrai dans le cas où le tiers aurait reçu l'immeuble à titre gratuit ; mais que dans le cas où ce serait à titre onéreux, et par suite de paiement fait par erreur, celui qui a mal à propos payé devrait indemniser celui qui a reçu de bonne foi et qui a ensuite aliéné l'immeuble, de tout ce que ce dernier serait tenu de rembourser à son acquéreur évincé, en sus du prix convenu. On se conformerait ainsi à l'esprit de l'article 1380, qui ne veut pas que celui qui a reçu de bonne foi, et qui a vendu la chose, soit exposé à perdre du sien.

684. Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté la dette d'un autre, elle a aussi la répétition contre le créancier (art. 1377), comme celui qui a payé par erreur une chose qui n'était due par personne. Telle était la disposition des lois romaines ; L. 19, § 1, ff. *de condict. indeb.* Dans l'espèce de cette loi, quelqu'un, qui se croyait héritier de Titius, avait payé au créancier de celui-ci, et il avait ensuite été évincé de la succession. Le jurisconsulte Pomponius dit que le véritable héritier n'est point libéré (parce que le paiement n'a pas été fait en son nom), et que celui qui a payé peut répéter, parce que ce n'était pas sa dette : *Quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat, non debi-*

tum dat, repetitio competit. On trouve une semblable décision dans la loi 65, §9, au même titre ; et la loi 44 *eod. tit. : Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm vero debitore, solutum est* (1), n'est pas contraire. Car ce texte doit être entendu du cas où celui qui a payé la dette d'un autre, l'a payée au nom du débiteur. Cette interprétation est d'autant plus naturelle, que ce texte est du jurisconsulte Paul, auteur aussi de la loi 65 ci-dessus : ce qui ne permet pas de croire qu'il y a antinomie. On donne aussi une autre interprétation, mais il est inutile de l'exposer ici.

685. Néanmoins, le droit de répétition cesse lorsque le créancier a supprimé son titre par suite du paiement qui lui a été fait par le tiers, sauf le recours de celui-ci contre le véritable débiteur (même article 1377) ; ce qui doit toutefois être entendu du cas où le créancier a supprimé de bonne foi son titre ; car s'il eût su que celui qui lui a fait le paiement par erreur n'était point son débiteur, et s'il ne l'avait point averti, sa mauvaise foi le rendrait indigne de bénéfice de l'exception introduite en sa faveur. Cette exception n'est fondée que sur la bonne foi, et non sur la fraude : or, il y aurait fraude dans ce cas, lors même qu'il n'aurait employé aucune manœuvre pour faire accroire au tiers que c'était sa dette. Cette dissimulation est un vé-

---

(1) Voyez toutefois la loi 5 au Code, *de petitione hereditatis*, et la conciliation que donnent les professeurs de Louvain, Recitationes *ad Pandectas, tit. de condict. indebiti*, § 11.

ritable dol : il s'est conduit comme créancier de celui qui le payait, et il prenait ainsi une qualité qu'il n'avait pas à son égard.

L'on doit assimiler au créancier qui a supprimé son titre par suite du paiement fait par un tiers, le créancier qui pour la même cause a négligé de poursuivre son véritable débiteur, dans le cas où la dette se trouverait prescrite au moment où le tiers viendrait exercer contre lui la répétition. C'est là aussi une véritable suppression de titre, si ce n'est pas celle de l'acte, *instrumentum*.

686. Il se présente sur cet article une question importante, celle de savoir si, dans le cas d'une expropriation forcée, l'adjudicataire vient à être évincé par un tiers (1), il a l'action en répétition de son prix contre les créanciers auxquels il l'a payé ?

Dans le droit romain, on décidait que le créancier qui avait fait vendre les biens qui lui étaient engagés, n'était point soumis à l'action de l'acquéreur, qui venait ensuite à être évincé, à moins qu'il n'eût promis la garantie, ou qu'il ne fût de mauvaise foi, sachant, lors de l'expropriation, que la chose n'appartenait pas à son débiteur. LL. 1 et 2, Cod. *creditorem evictionem pignoris non debere.*

En effet, le créancier, en faisant vendre le gage, agissait en vertu du pouvoir que lui en avait donné le débiteur, pour le cas où celui-ci ne paierait pas

(1) Car l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire d'autres droits à la propriété que ceux qu'avait le saisi. (Art. 731, Cod. de procéd.)

sa dette, et c'était en réalité ce dernier qui était le vendeur. Le créancier ne contractait donc aucune obligation personnelle, sauf celle qui serait résultée d'une promesse de sa part, ou de son dol.

Et l'on entendait par là que le créancier ne devait pas même à l'acquéreur évincé la restitution du prix que celui-ci lui avait payé *propter pignus*. La raison de cela tenait à ce que l'acquéreur ne devait en réalité son prix qu'à celui dont il était censé recevoir la chose, et en le payant au créancier, il le payait *nomine debitoris;* or, celui qui paie au nom d'un autre ne peut pas répéter du creancier qui n'a reçu que ce qui lui était dû; car, comme le dit la loi 44, ff, *de condict. indeb.* citée plus haut, *nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quàm vero debitore, solutum est.*

C'est comme si l'acquéreur eût payé au débiteur lui-même, et que celui-ci eût remis ensuite les deniers au créancier pour se libérer envers lui : or, assurément, dans cette hypothèse, l'acquéreur n'eût pu les réclamer de ce dernier, car en les payant au débiteur, il en eût conféré à celui-ci la propriété, et le débiteur, en les payant à son créancier, en eût également rendu celui-ci propriétaire. En effet, celui qui a reçu de son débiteur le montant de sa créance en deniers provenant d'une chose vendue par ce dernier, et dont l'acquéreur a ensuite été évincé, n'a jamais été forcé de restituer à cet acquéreur les espèces que celui-ci avait payées pour son prix à son vendeur, et à plus forte raison cela ne pour-

rait-il être prétendu dans notre droit, où, en fait de meubles, la possession vaut titre.

On objectera sans doute que le créancier ne devait faire vendre que les biens qui appartenaient à son débiteur, qu'il est en faute d'avoir poursuivi l'expropriation d'un immeuble qui était à autrui, qu'il doit, d'après cela, réparer le préjudice qu'il a causé à l'adjudicataire, qu'il y a engagement tacite de sa part que l'adjudicataire, qui s'oblige à lui payer le prix de l'adjudication, aura une adjudication qui lui transfère réellement la propriété de l'immeuble; que c'est la condition sous laquelle seulement il entend payer son prix, et que cette condition manquant, le prix se trouve avoir été compté à ce créancier *sine causâ*, *seu causâ datâ, causâ non secutâ*.

On vient de voir que ce n'était point ainsi que l'on considérait la chose dans le droit romain, et effectivement ce serait une erreur que de croire que le créancier qui poursuit de bonne foi l'expropriation de biens possédés par son débiteur, contracte lui-même, pour ce seul fait, des obligations envers les adjudicataires : il ne fait qu'exécuter le mandat tacitement convenu entre tout débiteur et son créancier, que si le premier ne remplit pas les engagemens, le second pourra faire vendre ses biens qu'il possède. Mais, en réalité, c'est le débiteur exproprié qui est le vendeur, et c'est lui qui doit la garantie aux adjudicataires, s'ils viennent à être évincés, puisque leurs deniers l'ont libéré envers ses

créanciers. C'est même à lui que ces deniers sont censés avoir été comptés, car s'ils l'ont été en réalité aux créanciers, ceux-ci sont censés les avoir touchés en vertu de son mandat. Il n'y a donc pas lieu à la répétition contre eux, mais seulement à l'action en garantie contre le débiteur.

Cependant, nous devons dire que cette opinion n'est point partagée unanimement pas les auteurs modernes, et nous avouerons franchement que la question est délicate. M. Tarrible, dans l'article *Expropriation*, au Répertoire de M. Merlin, admet la répétition, en faveur de l'adjudicataire évincé, contre les créanciers, sous la limitation toutefois de la seconde partie de l'article 1377, c'est-à-dire du cas où le créancier aurait supprimé son titre.

687. Ce qui a été payé avant le terme, étant dû, n'est pas sujet à répétition (art. 1186). Mais quant à la question de savoir si celui qui a payé par erreur avant le terme, peut obliger le créancier de lui rendre la somme, à la charge par le débiteur de rétablir les mêmes sûretés, ou de lui payer l'intérêt à partir de la demande jusqu'au jour qui avait été fixé pour le paiement, au choix du créancier (1), voyez ce que nous avons dit au tome XI, n° 113, où nous résolvons cette question par l'affirmative.

---

(1) Nous donnons le choix au créancier, parce qu'il peut avoir employé la somme, et qu'il ne serait pas juste de l'obliger à emprunter; encore cette décision devrait-elle recevoir exception dans le cas où il serait prouvé qu'il a reçu de mauvaise foi, avant le terme, sans prévenir le débiteur.

688. Si la dette était suspendue par une condition, celui qui l'a payée par erreur pourrait répéter tant que la condition ne serait pas accomplie ; car jusqu'alors il n'y aurait pas à proprement parler de dette : *tantàm spes debitum iri*. L. 16, *princip.*, ff. *hoc tit.*

Le droit romain refusait toutefois la répétition lorsque la condition était de nature à devoir nécessairement s'accomplir : par exemple dans le cas de la condition *cùm moriar dare promisero ?* L L. 17 et 18., ff. *hoc tit.* Mais c'est parce que la condition, dans ce cas, n'en avait que le nom ; c'était en réalité un terme.

Cependant comme elle était condition proprement dite dans les legs (1), attendu que le légataire pouvait venir à mourir avant la personne à laquelle elle s'appliquait, le legs fait sous une semblable condition, et qui avait été payé par erreur avant qu'elle fût accomplie, était sujet à répétition tant qu'elle ne l'était pas. Dans l'espèce de la novation conditionnelle d'une dette pure et simple, entre les mêmes parties, le paiement fait par erreur, *pendente conditione*, n'était point sujet à répétition, suivant le jurisconsulte Paul, mais il l'était suivant d'autres jurisconsultes ; L. 60, § 1, ff. *hoc tit.* On était au surplus généralement d'accord qu'il l'était, si la novation eût eu lieu par l'intervention d'un

---

(1) Voyez ce que nous avons dit à ce sujet, dans ce cas, au tome IX, n° 292.

nouveau débiteur. *Ibid.* Et quant au premier cas, voyez ce que nous avons dit sur la novation conditionnelle entre les mêmes parties, au tome précédent, nº 296 et suivans : la question relative au paiement doit se résoudre d'après les distinctions que nous y faisons.

689. Dans le cas d'une dette alternative au choix du débiteur, et où celui-ci, par erreur, les avait payées toutes deux, les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si, sur la répétition de l'une d'elles, le choix lui appartenait, ou s'il n'appartenait pas plutôt à celui qui avait reçu, et qui par là était devenu débiteur à son tour. Ulpien, Marcellus et Celse l'attribuaient à ce dernier, et par ce motif (1) ; mais Papinien, dont Justinien a suivi le sentiment, disait, avec raison, que, pour que le paiement ne nuisît en rien à celui qui l'avait fait, il fallait qu'il eût le choix comme auparavant. L. 10, Cod. *de condict indeb.*

690. Si, croyant devoir 20,000 fr., lorsque je n'en devais que 10,000, j'ai donné en paiement un fonds valant 20,000 fr., Ulpien, d'après Marcellus, dit, dans la loi 26, § 4, ff. *hoc tit.*, que je puis répéter le fonds, à la charge de payer les 10,000 fr. que je devais ; que le créancier ne peut pas prétendre que le fonds doit être commun, attendu que je ne puis être contraint à me trouver en communauté malgré

(1) Voyez la loi 26, § 13, ff. *de condict. indeb.*

moi : *nemo enim invitus compellitur ad communionem.* Nous pensons que la question, dans notre droit, dépendrait beaucoup des circonstances, dans le cas où le créancier aurait reçu le fonds de bonne foi, et que, même dans ce cas, il pourrait être admis, si le débiteur ne voulait pas de la communauté, à garder le fonds en entier, à la charge de payer de suite les 10,000 fr. en sus de ceux qui étaient dus. L'objection tirée de ce que le débiteur ne se serait peut-être pas défait de son fonds s'il eût su ne devoir que 10,000 fr. au lieu de 20,000, n'est sans doute pas sans quelque poids, mais d'autres considérations peuvent la contrebalancer puissamment. Du reste, nous ne pensons pas que le créancier, en offrant ces 10,000 fr., fût fondé à garder tout le fonds, dans le cas où le débiteur consentirait à la communauté. Assurément il n'y aurait pas été autorisé dans le droit romain.

691. S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer tant le capital que les intérêts et les fruits du jour du paiement (art. 1378).

Par conséquent, dans le cas où il est de bonne foi, il n'est tenu des fruits et des intérêts que du jour de la demande en restitution.

Et cette restitution doit se faire non seulement à celui qui a payé lui-même, mais encore à celui qui a payé par le ministère d'un tiers, mandataire ou autre. L. 57, ff. *hoc tit.*

692. Dans le droit romain, celui qui avait reçu, même de bonne foi, restituait les fruits qu'il avait perçus, sous la déduction toutefois des impenses : LL. 15 et 65, § 5, ff. *hoc tit.* Cela tenait à ce qu'il ne devait en aucune façon s'enrichir à raison de cette chose; or, en réalité, c'eût été s'enrichir aux dépens de celui qui la lui avait payée par erreur. Cependant il n'eût pas dû l'intérêt de la somme reçue de bonne foi, même dans le cas où il l'aurait eu placée à intérêt, vu que les intérêts ne sont pas produits par l'argent lui-même : ils viennent de la stipulation que l'on fait, *occasione pecuniæ.* D'ailleurs le placement était à ses risques. Il en était autrement lorsqu'il était de mauvaise foi; mais alors c'était à un autre titre qu'il devait les intérêts, c'était à titre de dommages-intérêts.

693. Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue est obligé à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute (1); il est même garant de la perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi (art. 1379).

---

(1) Ainsi on ne lui applique pas la règle qui *rem quasi suum neglexit, nulli culpæ subjicitur*, comme on l'applique à l'acheteur évincé, dans le cas prévu à l'art. 1631.

Du reste, la diminution de valeur résultant d'une simple négligence de la part de celui qui a reçu de bonne foi la chose, ne le soumettrait pas à des dommages-intérêts : il ne doit pas souffrir de ce paiement. La loi le rend responsable seulement de sa faute; ce qui s'estime, par conséquent, d'après les circonstances de la cause.

Il est traité comme l'est le voleur dans l'art. 1302; mais aussi, d'après ce que nous avons dit sur ce dernier (1), et *à fortiori*, si la chose eût dû également périr chez celui qui l'a livrée, comme la mauvaise foi de l'autre partie ne lui aurait réellement causé aucun tort, et que les dommages-intérêts ne sont que la compensation du préjudice que l'on a éprouvé et du gain dont on a été privé (art. 1149), nous n'hésitons pas à penser qu'il n'en serait pas dû dans ce cas : ce serait réellement s'enrichir aux dépens d'autrui.

694. Et puisque c'est sur l'équité qu'est fondée cette action, l'équité, d'un autre côté, veut aussi que celui qui a reçu de bonne foi la chose, et qui ne s'en trouve pas plus riche au temps de la demande en restitution, n'ait rien à restituer. Voilà pourquoi, dans le droit romain, lorsque c'était un esclave qui avait été payé indûment, et que celui qui l'avait reçu de bonne foi l'avait affranchi, il n'y avait plus d'action; L. 65, § 8, ff. *hoc tit.* Et s'il l'eût vendu, il n'était obligé de restituer que le prix qu'il en avait retiré; L. 26, § 12, *eod. tit.* C'est aussi ce que décide formellement le Code (art. 1380). S'il n'était pas encore payé du prix au moment où la répétition était exercée, il pouvait se libérer en cédant son action sur l'acheteur; et il en serait incontestablement de même dans notre droit. (Art. 1303 et 1379 combinés.)

---

(1) Tome précédent, n° 506.

695. Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose (art. 1381); car on ne doit pas non plus s'enrichir à ses dépens.

En général, on n'appelle guère, en droit, dépenses *utiles*, celles qui ont été faites pour la *conservation* de la chose; on les appelle dépenses *nécessaires* et le montant en est dû à celui qui les a faites, quel qu'il soit, pourvu qu'il n'ait pas dépensé au delà de ce qu'exigeaient les besoins de la chose : autrement l'excédant ne pourrait être rangé parmi les *dépenses nécessaires*.

Quant aux dépenses simplement utiles ou d'*amélioration*, il faut distinguer entre le cas où celui qui a reçu la chose, l'a reçue de bonne foi, et le cas où il l'a reçue de mauvaise foi. Dans la première hypothèse, on doit l'indemniser du montant de ses déboursés, et non pas seulement lui rembourser la plus value de la chose : *inter errantem et patientem nulla est dubitatio.* On peut, pour le décider ainsi, tirer argument de l'art. 1634, suivant lequel le vendeur est tenu de faire faire raison à l'acheteur évincé, par celui qui l'évince, de toutes les réparations et améliorations utiles que cet acheteur a faites au fonds; et comme le propriétaire n'est obligé lui-même d'en faire raison au possesseur que jusqu'à concurrence de la plus value qu'en a éprouvé le fonds (art. 555), c'est au vendeur à faire raison du surplus, s'il y en a. Les frais d'en-

registrement et autres frais de paiement devraient également être remboursés à celui qui a reçu la chose de bonne foi. Mais quant aux dépenses voluptaires ou d'agrément qu'il aurait faites sur un immeuble livré indûment, il n'y aurait pas lieu de lui en rembourser le montant, si ce n'est toutefois jusqu'à concurrence de ce qu'elles auraient réellement procuré de plus value au fonds; car alors elles rentreraient dans les dépenses utiles ou d'amélioration: mais le surplus ne lui serait pas dû, puisqu'un vendeur lui-même ne doit pas supporter ces sortes de dépenses, s'il a vendu de bonne foi le fonds d'autrui (art. 1635, *è contrario*). Il les a faites pour son seul agrément.

Et si celui qui a reçu la chose était de mauvaise foi, nous croyons que l'autre partie serait en droit de l'obliger à enlever ses constructions et plantations, et à ses frais, ou de les retenir, mais alors, à la charge de lui payer le prix de la main-d'œuvre et des matériaux, sans égard à la plus value qui a pu en résulter pour le fonds. L'art. 555, dans sa première partie, est applicable aussi à ce cas; car celui qui a reçu l'immeuble, dans notre hypothèse, est bien un possesseur de mauvaise foi.

696. Enfin si le paiement n'est pas nié, comme tout paiement suppose une dette (art. 1235), c'est à celui qui agit en répétition à prouver qu'il a payé sans cause; qu'il n'y avait pas de dette, qu'il l'a fait par erreur, et non *animo donandi*. Mais si le paiement

est nié, et que celui qui réclame, le prouve, alors c'est à l'autre partie à établir de son côté, qu'il lui a été fait pour une juste cause. L. 25, ff. *de probat.*

C'est ce que nous avons déja dit, au tome précédent, n° 11 et suivans.

CHAPITRE II.

Des délits et quasi-délits.

SECTION PREMIÈRE.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

697. *Les délits et quasi-délits ne sont considérés, dans le Code civil, que seulement sous le rapport des dommages-intérêts, ou réparations civiles.*

698. *Le mot* délits *y est pris dans un sens générique ; il comprend aussi les* crimes.

699. *Ce qu'on entend par* délit *et par* quasi-délit.

700. *Principe général en cette matière.*

701. *A qui appartient l'action publique.*

702. *A qui appartient l'action civile.*

703. *L'action publique s'éteint par la mort du prévenu, mais l'action civile a lieu contre ses héritiers : l'une et l'autre s'éteignent par la prescription.*

704. *L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique : elle peut l'être aussi séparément devant les tribunaux civils tant que l'action publique n'est point exercée.*

705. *Quand la partie lésée qui s'est portée partie civile sur l'action publique doit former sa demande en dommages-intérêts? et au cas où elle ne s'est point portée partie civile.*

706. *La renonciation à l'action civile ne préjudicie en rien à l'action publique.*

707. *Comment doit s'entendre la disposition de l'art. 2 du Code d'instruction criminelle, qui déclare l'action civile prescrite en même temps que l'action publique : distinctions à faire à raison des cas dans lesquels a eu lieu le délit ou quasi-délit.*

697. On ne considère ici les délits et les quasi-délits que sous le rapport des indemnités ou réparations civiles auxquelles ils donnent lieu, et nullement sous le rapport des peines que la loi prononce contre ceux qui les ont commis. La répression des délits et quasi-délits, instituée pour le maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique, appartient à un autre ordre de lois, dont l'application est confiée aux tribunaux criminels, correctionnels ou de simple police.

698. Le mot *délits* est pris ici dans un sens générique : il comprend aussi les *crimes;* il est pris dans le sens qu'y attachait le Code *des délits et des peines*, du 3 brumaire an IV, sous l'empire duquel a été promulgué le Code civil : aujourd'hui, d'après les nouvelles lois criminelles, les faits illicites sont classés en crimes, en délits, et en contraventions de police, et sont jugés, de droit commun, ou par les Cours d'assises, ou par les tribunaux correctionnels, ou par les tribunaux de simple police.

699. On entend par *délit* toute action illicite de l'homme, faite avec intention de nuire soit à la société, soit à quelqu'un.

Le fait sans l'intention malveillante ne saurait donc

constituer un véritable délit, et l'intention sans le fait ne saurait davantage en produire un. L'intention n'est réellement connue que de Dieu, et d'ailleurs celui qui l'a conçue pouvait très bien l'abandonner.

Il faut que le fait soit *illicite*, contraire à la loi; car s'il était commandé ou permis par la loi, il serait pur de tout caractère de crime ou de délit. Celui qui ne fait qu'user de son droit, qui, par exemple, en élevant un mur sur son terrain, masque les fenêtres de ma maison, ne commet aucun délit; il n'est pas même censé me nuire : *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.* L. 151, *de regul. juris. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.* L. 55, *ibid.*

Le quasi-délit est bien aussi un fait illicite qui nuit à autrui, mais qui a lieu sans dessein de nuire.

700. Le principe, en cette matière, est que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382).

Et chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence (art. 1383).

701. L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi (art. 1er, Code d'inst. crim.).

Toutefois, tout citoyen lésé par un crime ou un délit peut en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction, soit du lieu

du crime ou délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé (art. 63, *ibid.*).

702. Mais l'action en réparation du dommage causé par un crime, ou par un délit, ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont soufffert de ce dommage (art. 1 précité).

703. L'action publique, pour l'application de la peine, s'éteint par la mort du prévenu.

L'action civile, pour la réparation du dommage, peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentans.

L'une et l'autre s'éteignent par la prescription (art. 2, *ibid.*).

704. L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.

Elle peut l'être aussi séparément devant les tribunaux civils : et, dans ce cas, l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile (art. 3, *ibid.*).

705. Si la personne lésée par un crime s'est portée partie civile, et que l'accusé ait été déclaré coupable par le jury, elle doit former sa demande en dommages-intérêts avant le jugement ; plus tard elle doit être déclarée non recevable (art. 359, *ibid.*) ;

ce qui doit s'entendre en ce sens qu'elle sera non recevable même devant les tribunaux civils (1).

Si elle ne s'est point portée partie civile au procès, elle a son action devant les tribunaux civils (même art., dernier alinéa), car alors elle est un *tiers* quant au jugement (2).

Mais si l'accusé a été acquitté, la partie lésée, qu'elle se soit portée ou non partie civile, n'a plus d'action à raison du *fait* (3).

706. Enfin la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique (art. 4, *ibid.*).

707. Ces dispositions sont simples et claires; toutefois il en est une qui ne laisse pas de présenter une grave difficulté, c'est celle qui est relative à la prescription de l'action civile, laquelle, d'après les articles 637 et suivans du Code d'instruction criminelle, a lieu par le même laps de temps que celui qui est déterminé pour la prescription de l'action publique : c'est-à-dire, par dix ans dans les cas de crime, par trois ans dans ceux de délits non soumis à quelque loi spéciale, et par an quant aux contraventions de police; et, dans les différens cas, à partir des diverses époques déterminées par ces articles.

N'aurait-on voulu, en effet, quant à la prescrip-

---

(1) Voyez *suprà*, n° 497.

(2) Voyez *ibid.*

(3) Voyez *suprà*, n° 465 et suivant.

tion, parler de l'action civile qu'en considérant cette action dans ses rapports avec l'action publique, comme accessoire de celle-ci, par conséquent comme intentée devant les mêmes tribunaux? Mais alors il était bien inutile d'en faire mention, car il allait de soi qu'elle se trouvât éteinte dès que l'action publique le serait : les tribunaux criminels n'ayant plus à s'occuper de celle-ci, n'avaient plus, par cela même, à s'occuper de celle-là ; le principal ne subsistant plus, l'accessoire s'évanouissait de lui-même. Or, l'article 2 du même Code, après avoir dit que l'action publique est éteinte par la mort du prévenu, et que l'action civile, pour la réparation du dommage, peut être exercée contre lui et contre ses représentans, ajoute :

« L'une et l'autre action s'éteignent par la pres- « cription, ainsi qu'il est réglé au livre II, titre VII, « chapitre V, *de la Prescription.* » D'après cela, il est bien évident qu'il s'agit aussi de l'action civile exercée devant les tribunaux civils, puisque les représentans de l'auteur du fait ne peuvent être poursuivis que devant ces tribunaux seulement.

D'un autre côté, les actions qui naissent des contrats, comme la vente, le louage, le dépôt, le prêt à usage, etc., ne sont évidemment soumises qu'à la prescription ordinaire de trente ans, conformément à l'article 2262 du Code civil, puisque ce Code ne les a point assujéties à une prescription spéciale; et l'une des parties a pu commettre, dans l'exécution ou à l'occasion du contrat, un

fait qui serait un véritable délit ou un quasi-délit. Par exemple, si celui à qui j'ai confié un dépôt, vend la chose ou en dispose de toute autre manière, il commet le délit d'abus de confiance (art. 408, Cod. pén.) : or, pourrait-il, après la prescription de l'action publique, et sur l'action que j'intenterais contre lui devant les tribunaux civils, pour obtenir la restitution de la chose, m'opposer la prescription de trois ans, à partir du jour où il a commis l'abus de confiance? Non, certainement ; car je n'agirais pas contre lui à raison d'un délit, mais à raison d'un contrat, par lequel il s'était obligé à me rendre la chose que je lui avais confiée, et mon action à cet égard dure trente ans, sans préjudice encore des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit.

Il en est de même si j'ai loué ou prêté quelque chose à quelqu'un, qui l'a fait périr, même volontairement, cas où il y aurait aussi délit; car, puisque j'aurais une action contre lui pendant trente ans s'il n'avait commis qu'une simple faute, sans intention de me nuire, par une raison au moins égale dois-je en avoir une d'une semblable durée lorsqu'il a agi avec intention de me faire tort. Les fautes commises dans l'exécution ou à l'occasion d'un contrat font en effet partie de l'action que produit ce contrat, et par conséquent on a, pour obtenir l'indemnité, le même temps que celui qui a été fixé pour la durée de l'action, puisque c'est la même ; or, de ce que la faute a un caractère assez grave

pour constituer un délit, ce ne peut pas être un motif pour que celui qui l'a commise soit affranchi plutôt de la réparation du tort qu'il a causé : cela serait contraire à la raison et aux véritables principes du droit.

Ainsi, tous les faits, quels que soient leurs caractères, qu'ils constituent ou non des délits d'après les lois criminelles, qui ont été commis par l'une des parties dans l'exécution ou à l'occasion d'un contrat, ne sont point soumis, quant à l'action civile, à la prescription établie par le Code d'instruction criminelle. Le locataire, par exemple, qui, par animosité envers moi, ou pour faire fraude à une compagnie qui lui avait assuré des marchandises contenues dans la maison que je lui ai louée, a mis volontairement le feu à cette maison, qui a été détruite, sera bien affranchi de l'action publique par la prescription telle qu'elle est établie par le Code d'instruction criminelle; mais l'action civile pour obtenir mes dommages-intérêts ne sera pas pour cela éteinte; elle ne le sera que par trente ans, puisque cette action n'est autre que celle du louage. Car il s'est obligé à jouir de ma chose en bon père de famille, à me la rendre à la fin du bail (art. 1728, Cod civ.), et il ne peut pas être reçu à dire qu'il s'est affranchi de cette action par le délit qu'il a commis.

Ce n'est donc pas dans ces cas, et autres analogues, qu'il peut y avoir difficulté. Mais dans ceux de vol, de destruction ou dégradation d'objets, com-

mis par celui auquel ils n'avaient point été remis ni confiés à un titre quelconque, la question de savoir si la prescription de l'action civile, intentée devant les tribunaux civils, est la même que celle qui est établie par le Code d'instruction criminelle, offre beaucoup plus de doute. En effet, les articles 1382 et 1383 du Code civil paraissent soumis, quant à la prescription des actions auxquelles ils donnent ouverture, à la règle générale de l'article 2262 du même Code, puisqu'il n'est pas fait d'exception en ce qui les concerne. Or, suivant ce dernier article, les actions, tant réelles que personnelles, durent trente ans. Il paraîtrait donc raisonnable aussi que celui qui a volé ma chose fût assujéti à me la rendre par une obligation aussi forte et ayant la même durée que celle qu'il aurait contractée si je la lui avais louée, prêtée ou remise en dépôt. Mon droit de propriété sur cette chose n'a pas dû se perdre sans ma volonté.

Nous pensons bien, en effet, que la revendication proprement dite de la chose elle-même peut avoir lieu contre celui qui l'a soustraite et qui la détient, ou son héritier dans le même cas, quoique le temps de la prescription établie par le Code d'instruction criminelle se trouvât alors accomplie; car cette prescription est étrangère à la propriété des choses à l'égard desquelles des vols ou autres délits ont été commis. Et si celui qui a dérobé la chose opposait qu'en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279), et que la revendication des effets

mobiliers, dans le cas même de perte ou de vol, ne dure que trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol (art. 2280), et qu'il y a plus de trois ans d'écoulés; que d'ailleurs le demandeur n'est plus admis à prouver maintenant le vol; nous croyons bien que les tribunaux civils pourraient n'avoir aucun égard à ce système de défense, et qu'ils pourraient condamner celui qui serait convaincu de posséder encore la chose, et de l'avoir lui-même, ou son auteur, détournée de chez le propriétaire, qui la revendique. Car celui-ci n'intenterait point par là une action civile en dommages-intérêts pour fait de vol : il réclamerait simplement sa chose par droit de propriété. Il dirait, avec raison, que le délai de trois ans fixé pour la revendication des choses mobilières perdues ou volées, n'est relatif qu'aux tiers dans les mains desquels elle se trouve, ce qu'indiquent assez clairement ces mots qui terminent l'art. 2280 lui-même : *sauf à celui-ci* (au tiers) *son recours contre celui duquel il la tient.* Il prouverait simplement un fait de détournement par le défendeur, sans qu'il fût tenu pour cela de qualifier ce fait de fait de vol ; il conviendrait même, s'il le fallait, que c'est par erreur que le défendeur s'en est emparé, probablement parce qu'il croyait que c'était la sienne, et celui-ci ne serait pas admis à dire que c'est bien un vol qu'il a commis : *nemo allegans turpitudinem suam auditur.* Il n'a pas pu acquérir ainsi la propriété de la chose d'autrui : il faut un temps plus long pour cela.

Mais l'action civile pour dommages-intérêts pour fait de vol, de destruction ou dégradation de choses, commise par celui qui ne les détenait point en vertu d'un contrat, ou à raison de crimes ou délits qui lèsent les citoyens dans leur personne ou dans leur honneur, ne dure effectivement que le temps fixé par le Code d'instruction criminelle, quoiqu'elle fût exercée devant les tribunaux civils : alors l'article 2 de ce Code est applicable dans toute sa teneur. Car la loi n'a pas permis qu'après un long temps on pût encore prouver des faits affligeans pour l'ordre social, et desquels seuls cette action peut résulter. Elle a aussi considéré que les moyens que l'accusé de ces mêmes faits pouvait avoir pour établir son innocence, ont pu venir à périr avec le temps.

SECTION II.

De l'action civile résultant des délits et quasi-délits, ainsi que de la responsabilité dont on est tenu par rapport à certaines personnes, ou par rapport aux choses que l'on a sous sa garde.

SOMMAIRE.

708. *Tout fait quelconque de l'homme qui cause un préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

709. *Ces faits sont innombrables ; ils sont compris sous les dénominations de* crimes, délits, contraventions de police *ou* quasi-délits.

710. *On y comprend aussi les fautes commises dans l'exécution ou à l'occasion des contrats, par l'une des parties.*

par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par défaut d'entretien ou vice de construction.

728. *Sauf, dans ce dernier cas, le recours contre l'architecte, s'il y a lieu.*

729. *Nous ne connaissons pas dans notre droit la caution* damni infecti *du droit romain : les réglemens de police y ont suppléé.*

708. Tout *fait* quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. (Art. 1382.)

Puisqu'il est nécessaire, pour cela, que le fait ait eu lieu par *faute*, il est clair, ainsi qu'on l'a dit plus haut, que la règle n'est point applicable au cas où le fait qui nuit à un tiers, a été commis par celui qui avait droit de le commettre.

709. Les faits par lesquels on peut causer du dommage à autrui sont innombrables; aussi n'entrerons-nous dans aucun détail à cet égard : il suffit de dire que tous les faits qualifiés *crimes*, *délits* ou *contraventions de police*, par le Code pénal ou par quelque loi spéciale, comme le Code forestier, les lois sur les délits de la presse, etc. etc., se trouvent compris dans ces termes généraux, *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui du dommage.*

710. On y comprend aussi les faits commis par l'une des parties dans l'exécution d'un contrat, ou d'un quasi-contrat, selon leur nature ou gravité, et selon l'espèce d'affaire à l'occasion de laquelle ces faits ont eu lieu, par conséquent selon les distinctions et explications que nous avons don-

nées précédemment, en parlant *des fautes*, au tome X, n° 397 et suivans, et celles que nous aurons encore occasion de donner en traitant des différens contrats.

711. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé à autrui, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. (Art. 1383.)

712. Dans l'art. 1382, il s'agit de faits positifs, du tort causé *in committendo*, comme disent les auteurs; dans l'art. 1383, il s'agit non seulement de faits positifs commis volontairement ou par imprudence, mais encore de la faute de n'avoir pas fait ce qu'on aurait dû faire, et lorsque par là on a nui à autrui : c'est la faute *in omittendo*.

713. Dans les contrats et quasi-contrats, les simples négligences et les imprudences commises par l'une des parties, et qui ont nui à l'autre, prennent le non générique de *fautes*, *culpæ*. L'inobservation des réglemens de police, par négligence, incurie ou imprudence, s'appelle plus spécialement *contraventions* dans le Code d'instruction criminelle et dans le Code pénal, et *quasi-délits* dans le Code civil.

Du reste, il est des cas où une simple imprudence, une inattention, une négligence ou une inobservation des réglemens de police, constitue plus qu'une contravention ou un quasi-délit, mais bien un *délit* proprement dit dans le sens des lois

pénales. Tel est celui d'homicide ou de blessures commis par une de ces causes. Ce n'est point un *crime*, il est vrai, mais c'est un délit, puni d'une peine correctionnelle, et non d'une peine de simple police. (Art. 319 et 320, Cod. pén.)

714. Suivant l'art. 1384, « on est responsable « non seulement du dommage que l'on cause par « son propre fait (1), mais encore de celui qui est « causé par le fait des personnes dont on doit ré- « pondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

« Le père, et la mère après le décès du mari, sont « responsables du dommage causé par leurs enfans « mineurs habitant avec eux.

« Les maîtres et les commettans, du dommage « causé par leurs domestiques et préposés dans les « fonctions auxquelles ils les ont employés (2).

« Les instituteurs et les artisans, du dommage « causé par leurs élèves et apprentis pendant le « temps qu'ils sont sous leur surveillance.

« La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que « les père et mère, instituteurs et artisans, ne « prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui « donne lieu à cette responsabilité. »

---

(1) Ou par sa propre négligence ou imprudence, ce qu'il faut ajouter ou sous-entendre, puisqu'on a cru devoir, dans l'article précédent, distinguer le *fait*, de la *négligence* et de l'*imprudence*.

(2) Un officier ministériel est le préposé de la partie qui l'emploie : en conséquence, cette partie est civilement responsable des exactions commises par l'officier dans l'affaire dont il a été chargé, et au préjudice des tiers. Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 10 mars 1808. Sirey, 14-2-188.

715. Le père est responsable du dommage causé par ses enfans mineurs habitant avec lui : si donc l'enfant est majeur au moment du délit, le père n'est pas civilement responsable ; et il ne l'est pas non plus, quoique l'enfant fût mineur au moment du délit, s'il n'habitait pas avec le père, par exemple, parce qu'il était alors en apprentissage ou en pension. Mais il le serait, même dans ce cas, si l'enfant se trouvait alors sous sa surveillance immédiate, parce qu'il était chez lui au moment du fait ; et cela, quoique le fait n'eût pas été commis dans sa maison, mais au dehors ; car il devait surveiller l'enfant. Il y a d'ailleurs presque toujours de la faute du père dans l'inconduite des enfans. La mauvaise éducation qu'il leur a donnée est la plupart du temps le principe des fautes qu'ils commettent.

La loi ne distingue pas entre l'enfant naturel reconnu, mineur et habitant avec son père ou sa mère, et l'enfant légitime ; ni entre l'enfant émancipé et celui qui ne l'est pas. L'émancipation, sans doute, fait cesser la puissance paternelle (art. 372), mais cette responsabilité est fondée sur la *surveillance* que doit exercer le père, qui a eu tort précisément d'émanciper l'enfant.

Cependant nous ne déciderions pas la même chose si l'enfant mineur, habitant avec son père, était émancipé par mariage. Dans ce cas, l'enfant est dans un état d'indépendance bien différent de celui d'un enfant émancipé par une simple déclaration

du père devant un juge de paix, et on ne peut pas reprocher au père d'avoir marié son enfant lorsque l'occasion de le faire s'est présentée. L'enfant est devenu lui-même chef de famille.

716. *Après le décès du père*, la mère aussi est responsable du dommage causé par l'enfant mineur habitant avec elle. Elle devrait être pareillement responsable si le père avait disparu; car alors elle aurait la surveillance de l'enfant (art. 141). Il faudrait, par identité de motifs, décider la même chose si le père était interdit pour démence, ou subissait la peine des travaux forcés ou de la réclusion ou du bannissement; car elle aurait aussi la surveillance de ses enfans dans ces cas. On pourrait même le décider aussi de la sorte, quoique ce ne fût qu'une simple peine d'emprisonnement, si elle était de quelque durée; et si les père et mère étaient séparés de corps, et que l'enfant auteur du dommage eût été placé sous la surveillance de la mère, celle-ci serait également civilement responsable.

717. En traitant des rapports à succession, nous avons dit (1) que si l'enfant était d'un âge suffisamment avancé pour avoir agi avec discernement, la somme que le père ou la mère a été obligée de payer pour indemnité au tiers, est sujette au rapport à la succession de celui d'entr'eux qui l'a payée; mais, que dans le cas contraire, c'est plutôt la dette du

---

(1) Au tome VII, n° 367.

père ou de la mère, qui doit se reprocher de n'avoir pas assez surveillé l'enfant. D'après cette distinction, le père ou la mère peut, ou non, s'en faire faire raison par l'enfant, en la portant à son compte de tutelle, ou d'administration de ses biens.

718. La responsabilité des père et mère cesse lorsqu'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité (art. 1384). Mais il est clair que l'on n'a pas eu en vue par là le cas où l'enfant n'habite pas avec ses père ou mère, parce qu'il est en apprentissage ou en pension, puisque dans ce cas la responsabilité n'existe pas à leur égard, mais à l'égard des instituteurs ou artisans : d'où il devenait bien inutile de les en affranchir par une disposition exceptionnelle.

D'un autre côté, on n'a pu raisonnablement vouloir dire, par cette exception, que les père et mère ne seraient point responsables du fait de leur enfant mineur habitant avec eux, lorsque ce fait aurait été commis hors de chez eux, et loin de leur regard; car la responsabilité eût été pour ainsi dire illusoire, l'enfant ne pouvant guère causer de dommage à autrui que hors de la maison de son père. Aussi le Code sur *la police rurale*, du 6 octobre, de 1791, rendait-il celui-ci responsable des dégâts causés dans le champ d'autrui par son enfant mineur habitant avec lui, ainsi que du délit de grapillage.

Pour donner un sens raisonnable à cette exception, nous croyons que les tribunaux doivent se

déterminer par les circonstances de la cause : par exemple, si le père ou la mère était très âgée, ou paralytique, ou aveugle, ou atteinte de quelque autre infirmité qui empêchait l'exercice de sa surveillance, ou rendait presque nulle son autorité morale; ou si le dommage causé avait eu lieu dans une effervescence populaire, où la puissance du père ou de la mère aurait été trop faible pour contenir l'enfant qui était déja homme fait : ces circonstances, et d'autres encore, pourraient, surtout si les père et mère ne l'avaient point abandonné à de mauvais penchans, ni excité au mal par de mauvais exemples; ces circonstances, disons-nous, pourraient déterminer les tribunaux à décider qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donnait lieu à leur responsabilité; sauf à la partie lésée son action contre l'enfant.

719. Quant aux tuteurs, le Code ne s'explique pas formellement touchant le point de savoir s'ils sont civilement responsables du dommage que les mineurs habitant avec eux auraient causé à autrui.

Mais, d'après l'article 450, comme le tuteur *doit prendre soin de la personne du mineur* (art. 450), et par conséquent le surveiller; qu'il a même, suivant l'art. 468, le pouvoir de le faire corriger à raison de ses fautes, nous ne doutons pas qu'il ne soit civilement responsable, envers les tiers, du dommage que le mineur leur aurait causé, à moins que, de même que les père et mère, il ne prouvât

qu'il n'a pu empêcher le fait à raison duquel il serait poursuivi comme civilement responsable. Il y a même raison que pour les instituteurs et artisans, à l'égard du dommage causé par leurs élèves ou apprentis ; et s'il n'a pas été parlé des tuteurs dans ce chapitre du Code, c'est que leur responsabilité se trouvait déja implicitement établie au titre de la tutelle.

Mais si le mineur était déja assez avancé en âge pour avoir agi avec discernement, le tuteur pourrait porter au compte de ses dépenses la somme qu'il aurait payée pour lui à ce sujet. Dans le cas contraire, elle resterait à sa charge, comme sa dette personnelle, pour n'avoir pas assez surveillé le mineur. Et dans aucun cas il ne devrait être responsable, si ce dernier n'habitait pas avec lui, quoiqu'il ne fût ni en pension ni en apprentissage, mais chez un parent, ou chez quelqu'un qui l'aurait recueilli.

Ceux qui ont la conduite et la surveillance d'un insensé sont responsables du dommage qu'il causerait à des tiers par défaut de soins et de surveillance de leur part, et l'insensé lui-même n'en serait point du tout responsable, parce qu'il n'y a ni crime ni délit, lorsqu'au temps où le fait a été commis, la personne qui l'a commis était en démence. (Art. 64, Cod. pén.)

720. Le Code civil ne dit rien de la responsabilité civile des maris. Il faut tenir en principe (1) que,

(1) Voyez l'arrêt de la Cour de cassation, du 13 mai 1813. Sirey,

hormis les cas où elle aurait été établie par quelque loi particulière, ainsi qu'elle l'est pour les délits de grapillage, par le Code *sur la police rurale*, cette responsabilité n'a pas lieu. Si la femme ne peut engager les biens de la communauté par ses contrats, sans le consentement de son mari, et même avec l'autorisation de la justice (sauf les cas prévus aux art. 1426 et 1427), à plus forte raison ne peut-elle obliger son mari lui-même par ses délits : aussi les amendes encourues par elle pour crime n'emportant pas mort civile, ne peuvent-elles s'exécuter que sur la nue-propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté. (Art. 1424.)

721. Quant *aux instituteurs et artisans*, leur responsabilité, relativement au dommage causé par leurs élèves ou apprentis, est la même que celle des père ou mère par rapport à celui qui est causé par leurs enfans mineurs habitant avec eux, avec cette différence toutefois qu'ils sont responsables quoique les élèves ou apprentis fussent majeurs : la loi ne distingue pas. C'est à eux à ne les point garder chez eux, s'ils sont impuissans pour les surveiller; mais un père ne peut renvoyer son enfant

---

13-1-365. Voyez toutefois aussi celui du 23 décembre 1818. Sirey, 19-1-278.

Pothier, *des Obligations*, n° 454, édition de *Debure*, paraissait regarder le mari comme civilement responsable. Cela n'est pas vrai aujourd'hui, en principe : l'art. 1384 ne parle pas des maris.

de chez lui, quoique celui-ci fût majeur, puisqu'il lui doit des alimens. Mais, comme pour les père ou mère, la responsabilité cesse lorsque les instituteurs ou artisans prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui a donné lieu à cette responsabilité : par exemple elle n'a pas lieu dans le cas où l'élève ou l'apprenti était chez ses parens au temps du délit.

722. Il n'est pas douteux que l'instituteur ou artisan n'ait un recours contre l'élève ou l'apprenti, pour la somme qu'il a été obligé de payer à ceux qui avaient éprouvé le dommage, à moins toutefois que cet élève ou apprenti n'eût agi sans discernement : auquel cas on peut soutenir que c'est la faute de l'instituteur ou de l'artisan de ne l'avoir pas mieux surveillé, puisqu'il était payé pour cela.

723. Mais a-t-il un recours contre le père ou la mère, soit que l'élève ou l'apprenti ait agi sans discernement ou avec discernement? Dans la première hypothèse, on peut dire en faveur des père ou mère que c'est la faute de l'instituteur ou de l'artisan de n'avoir pas suffisamment surveillé l'enfant; que les père ou mère le payaient pour le surveiller avec plus de soin qu'il n'en a mis; et ce serait assez notre avis, sauf le cas où il aurait été spécialement convenu qu'ils répondraient de tout dommage quelconque que viendrait à causer leur enfant : alors la convention devrait s'exécuter.

Dans la seconde hypothèse, il y a plus de difficulté : le même reproche ne peut pas toujours être

fait avec le même fondement à l'instituteur ou artisan, et si l'on peut dire en faveur des père ou mère, que l'enfant n'était point sous leur surveillance au temps du dommage, et que si, par cette raison, ils n'en sont point responsables envers le tiers qui l'a éprouvé, il paraît conséquent qu'ils ne le soient pas non plus envers l'instituteur ou l'artisan lui-même ; d'un autre côté, l'on peut dire qu'il n'y a pas parité de motifs ; car il y a un contrat de mandat entre les père ou mère et l'instituteur ou l'artisan, tandis qu'il n'y en a point avec le tiers : or, le mandant doit indemnité au mandataire à raison des pertes que celui-ci a essuyées à l'*occasion* de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000). Si cette indemnité est tacitement convenue dans un mandat ordinaire, on ne voit pas pourquoi elle ne le serait pas dans un bail d'apprentissage, ou dans le contrat fait avec l'instituteur ou le maître de pension ; c'est là aussi un véritable mandat, mais avec salaire. La question, suivant nous, dépendrait donc des circonstances de la cause : d'abord de la nature de la faute de l'élève ou de l'apprenti, du plus ou moins de discernement qu'il avait lorsqu'il l'a commise, et du plus ou moins de négligence que l'instituteur ou l'artisan aurait mis dans la surveillance dont il était tenu.

724. Enfin, *les maîtres et commettans répondent du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont em-*

ployés, et ils ne sont point affranchis de cette responsabilité en offrant de prouver qu'ils n'ont pu empêcher le fait. C'est leur faute d'avoir pris à leur service des gens de la moralité desquels ils n'étaient point sûrs. Mais on ne peut dire la même chose à l'égard des père et mère, qui sont bien obligés d'avoir leurs enfans mineurs avec eux; ni des instituteurs et artisans, parce qu'il est nécessaire d'instruire les enfans, et de leur donner un état ou métier.

Remarquez, au surplus, que les maîtres et commettans ne sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés, qu'autant que ce dommage a été causé dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Ainsi, je ne suis point responsable du dommage que mon domestique a pu causer le dimanche, hors de chez moi, par exemple dans une rixe élevée au cabaret; et je ne devrais pas l'être non plus des vols qu'il serait allé commettre au dehors, à mon insu, et sans qu'on pût me reprocher aucune imprudence à ce sujet : car ce n'est pas là un dommage causé dans les fonctions auxquelles je l'employais; je ne pouvais mettre cet homme sous clé.

Si le conducteur d'une diligence détourne le porte-manteau d'un voyageur, l'administration en est bien responsable, et elle le serait également à raison du vol qu'il commettrait dans une maison où s'arrête la diligence pour le repos des voyageurs; mais elle ne le serait pas à raison d'un vol qu'il aurait été commettre dans quelqu'autre maison. Elle

le serait bien à raison du dommage causé par lui dans une rixe qui serait née à l'occasion du service de la diligence, soit avec un voyageur, soit avec quelqu'un qui a fait quelqu'ouvrage à la voiture, etc., mais elle ne le serait pas non plus si cette rixe avait eu lieu pour toute autre cause, hors du service de l'employé : par exemple s'il s'était battu dans un café.

725. Le maître ou le commettant qui, à raison de sa responsabilité, a été obligé de payer le dommage, a son recours contre celui qui l'a causé. S'ils sont plusieurs, il l'a solidairement, attendu qu'il est légalement subrogé à l'action de celui auquel le dommage avait été fait (art. 1251-3°), et que ce dernier avait une action solidaire contre eux; car tous les auteurs d'un même crime ou délit sont solidairement tenus de la réparation (art. 55, Cod. pén.) (1).

726. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé (art. 1385); et soit qu'il fût sous la garde du domestique ou préposé du maître de l'animal, ou de celui qui l'avait à son usage (art. 1384).

Ainsi, le cavalier ou le conducteur trop faible ou

---

(1) *Voyez* toutefois, pour le cas de simples quasi-délits dont la réparation est poursuivie devant les tribunaux civils, ce que nous avons dit au tome XI, n° 194.

pas assez adroit pour retenir ou bien diriger son cheval qui blesse quelqu'un ou brise quelque chose, est responsable du dommage. L. 8, § 1, ff. *ad legem Aquiliam*. Et si mon pâtre laisse aller mon bétail dans le fonds du voisin, où il cause du dégât, je suis tenu de le réparer.

727. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien, ou par le vice de sa construction (art. 1386).

728. Si le vice de construction provenait de l'architecte, et que la ruine du bâtiment fût arrivée dans les dix ans du jour de la réception des travaux, le propriétaire aurait un recours contre lui, sans préjudice de l'indemnité qui lui serait due aussi pour son propre bâtiment (art. 1792 analysé).

729. Nous ne connaissons pas dans notre droit l'action pour obtenir la caution du dommage menaçant, *damni infecti*, que, dans le droit romain, un propriétaire avait contre le voisin dont le bâtiment menaçait ruine. Les réglemens de police sont suffisans à cet égard : on peut contraindre le propriétaire du bâtiment à le réparer, et même, s'il y a lieu, à le démolir.

FIN DU TREIZIÈME VOLUME.

TABLE
DES MATIÈRES.

TITRE III.

Des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE VI.

SECTION II.

SECTION III.

SECTION IV.

SECTION V.

TITRE IV.

CHAPITRE Ier.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE II.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

FIN DE LA TABLE.

TROYES. — IMPRIMERIE DE CARDON.

